Göttinger Kolloquien
zur Digitalisierung des
Zivilverfahrensrechts

Herausgegeben von
Philipp Reuß und
Benedikt Windau

Kolloquien im Wintersemester 2021/2022

Robo Judge

Digitalisierung bei Massenverfahren

Digitale Betreuten- und
zu Betreuendenanhörung

Universitätsverlag Göttingen

Kolloquien im Wintersemester 2021/2022

erschienen als Band 2 der Reihe „Göttinger Kolloquien zur Digitalisierung des Zivilverfahrensrechts“ im Universitätsverlag Göttingen 2023

Kolloquien im Wintersemester 2021/2022

Robo Judge

Digitalisierung bei Massenverfahren

Digitale Betreuten- und
zu Betreuendenanhörung

Göttinger Kolloquien zur
Digitalisierung des
Zivilverfahrensrechts
Band 2

Universitätsverlag Göttingen
2023

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über https://dnb.dnb.de abrufbar.

Herausgeber der Reihe
Prof. Dr. Philipp Reuß, MJur (Oxon)
Institut für Privat- und Prozessrecht
Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen
https://www.reusz.eu/

Benedikt Windau
Richter am Amtsgericht Wildeshausen
https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/zpoblog

Satz und Layout: Lehrstuhlteam Prof. Dr. Philipp Reuß
Umschlaggestaltung: Jutta Pabst



https://univerlag.uni-goettingen.de
ISBN: 978-3-86395-587-8
DOI: https://doi.org/10.17875/gup2023-2351
ISSN: 2751-2061
eISSN: 2751-207X

Vorwort

Ziel der Göttinger Kolloquien zur Digitalisierung des Zivilverfahrensrechts (sog. Freitagskolloquien) war und ist es, schon stattfindende und noch bevorstehende grundlegende Umwandlungen des Zivilprozesses und des Zivilprozessrechts auf ihrem Weg in das digitale Zeitalter zu begleiten. Die Kolloquien greifen dazu aktuelle praktische und wissenschaftliche Themen und Fragestellungen auf und diskutieren diese aus praktischer und wissenschaftlicher Sicht. Die jeweiligen Kolloquien bestehen dabei aus mehreren Einführungsvorträgen und einer anschließenden Diskussion.

Im Wintersemester 2021/2022 haben insgesamt drei Freitagskolloquien stattgefunden, deren Themen unverändert äußerst aktuell sind. Das erste Kolloquium widmete sich unter dem Schlagwort „Robo Judge“ den Möglichkeiten und Grenzen des Einsatzes künstlicher Intelligenz im Zivilprozess. Der Tagungsband enthält dazu den entsprechenden Beitrag von Prof. Dr. Thomas Riehm. Das zweite Kolloquium befasste sich mit der „Digitalisierung bei Massenverfahren“, wobei sich in diesem Band die Beiträge von Prof. Dr. Caroline Meller-Hannich, Dr. Annekathrin Schmoll, Anna Katharina Zitt und Dr. Christopher Unseld befinden. Im dritten Kolloquium ging es um das bislang kaum diskutierte Thema digitaler Betreuten- und zu Betreuendenanhörung. Dieser Tagungsband enthält dazu die Beiträge von Prof. Dr. Christian Gomille, Prof. Dr. Anika Gomille und Bernd Klasen. Außerdem werden im Tagungsband die teils kontroversen und lebhaften Diskussionen in kleinen Tagungsberichten nachgezeichnet.
Die Veranstaltungen lassen sich ferner als Videocast auf dem YouTube-Kanal „der zivilrechtskanal“ unter folgendem Link nachsehen: youtube.com/@derzivilrechtskanal.

Wir wünschen den Leserinnen und Lesern eine anregende Lektüre. Unser Dank gebührt den Referentinnen und Referenten sowie den Teilnehmerinnen und Teilnehmern der Kolloquien für ihren Input. Dank gebührt außerdem in besonderem Maße der Juristischen Fakultät, die den Druck dieses Bandes ermöglicht hat, und dem Lehrstuhl-Team (#teamreuss), das sich mit großem Einsatz der Organisation der Kolloquien sowie der Erstellung dieses Bandes gewidmet hat. Zu nennen sind hier insbesondere Philipp Hermann, Joshua Kohler, Thomas Thamm, Franz Gätjen, Anne Karzel, Henrike Thomsen, Sophia Havlik und Merle Schüssler.

Göttingen, im Januar 2023 — Die Herausgeber

Inhaltsverzeichnis

Grußwort von Prof. Dr. Hans Michael Heinig für den Tagungsband der „Göttinger Kolloquien zur Digitalisierung des Zivilverfahrensrechts“

„Digitalität“ ist ein wissenschaftliches Mega-Thema. Es gibt wohl keinen Lebensbereich, der nicht unter massivem Transformationsdruck infolge von Digitalisierungsbedürfnissen und Digitalisierungserfahrungen steht. Auf manchen Feldern stehen uns die alltäglichen und systemischen Konsequenzen schon deutlich vor Augen. In anderen Bereichen zeichnet sich eher schemenhaft ab, was die Zukunft noch bringen wird. In vielerlei Hinsicht unterscheidet sich das Leben im digitalen Äon grundlegend von dem Zeitalter davor. Der wissenschaftliche Reflexionsbedarf ist extrem hoch, damit Entscheider und Betroffene sich nicht nur als Getriebene von Digitalisierungsprozessen erleben, sondern solche bewusst gestalten, nutzen und auch normativ einzuhegen vermögen.

Das Recht bildet hier keine Ausnahme, was sich auch im vorliegenden Band 2 der Göttinger Kolloquien zur Digitalisierung des Zivilverfahrensrechts abbildet: Die Digitalisierung spiegelt sich im Prozessrecht in unterschiedlicher Konkretion wieder. Der *Robo Judge* ist momentan für manche Verheißung, für die meisten aber wohl ein dystopisches Schreckensbild der Zukunft. In deutschen Zivilgerichten sitzen einstweilen aber noch Richterinnen und Richter aus Fleisch und Blut. *Digitale Anhörungen in Betreuungsverfahren* bilden hingegen schon eine etablierte Verfahrenspraxis. Öffentlich viel diskutiert wurden in den letzten Jahren zudem Belastungsproben des Rechtsstaats durch *Massenverfahren*. *Digitale Tools* werden dabei immer wieder genannt, wenn es um Strategien im Umgang mit solchen Massenverfahren geht.

Die mit diesen drei Themen – Robo Judges, Digitalisierung bei Massenverfahren, Digitale Betreuten und zu Betreuendenanhörungen – aufgerufenen Fragenkreise werden im vorliegenden Band im fruchtbaren Dialog zwischen Theorie und Praxis durchleuchtet.

Die Göttinger Kolloquien zur Digitalisierung des Zivilverfahrensrechts sind ein höchst agiles und sehr erfolgreiches Veranstaltungsformat. Sie werden hier in traditioneller Form eines Buches, freilich mit Open Access und auch digital abrufbar, dokumentiert.

Hier zeigt sich, dass das Buch als Format zur Kommunikation wissenschaftlicher Erkenntnisse keineswegs ausgedient hat, sondern in kluger Weise fortentwickelt und in eine breiter angelegte Kommunikationsstrategie eingebunden werden kann. Wie so etwas sinnvoll aufgesetzt werden kann, zeigen Philipp Reuß und Benedikt

Windau mit den Kolloquien zur Digitalisierung des Zivilverfahrensrechts auf beeindruckende Art und Weise. Ich wünsche als Dekan der Juristischen Fakultät diesem Band viele Leserinnen und Leser und uns als Fakultät noch viele vergleichbar gelungene Kolloquien! An Themen wird so schnell kein Mangel sein: Die Digitalität des Rechts zu begreifen und zu gestalten helfen, wird noch lange Zeit eine herausragende Aufgabe der Rechtswissenschaft in Deutschland sein.

Göttingen, den 2. November 2022

Prof. Dr. Hans Michael Heinig
Dekan der Juristischen Fakultät der Universität Göttingen

Erstes Kolloquium zum Thema „Robo Judge“

https://youtu.be/NgeByYLSrbA

Automatisierte rechtliche Entscheidungsfindung – kommt der RoboJudge?[1]

„Die Juristen könnte man erst durch Roboter und Computer ersetzen, wenn man wüsste, was Juristen tun. Und es ist eben schwierig, herauszufinden, was sie eigentlich tun.“[2]

Prof. Dr. Thomas Riehm

1 Einführung: Von guten und bösen Geistern

Ein Gespenst geht um: der „RoboJudge“[3] – Algorithmen, gar „Künstliche Intelligenz“ sollen die Rechtsfindung oder gleich die Rechtsprechung übernehmen. Für die Apologeten der damals noch jungen Rechtsinformatik in den 1970er Jahren war das Gespenst der gute Geist, der Rechtsprechung endlich objektiv macht und allzu

[1] Schriftliche Fassung des Vortrags im Rahmen der Göttinger Kolloquien zur Digitalisierung des Zivilverfahrensrechts am 14.01.2022. Alle im Beitrag zitierten Internetadressen wurden zuletzt am 27.02.2023 abgerufen.
[2] *Tom Braegelmann* auf LinkedIn im Dezember 2021 (https://www.linkedin.com/posts/braegel_die-juristen-könnte-man-erst-durch-roboter-activity-6890016045705629696-FQH2).
[3] S. etwa *Raabe/Wacker/Oberle u. a.*, Recht ex machina, 2012; *Kotsoglou*, JZ 2014, 451 ff.; *Engel*, JZ 2014, 1096 ff.; *Adrian*, RTh 48 (2017), 77 ff.; *Fries*, Zeit für einen RoboJudge?, 9.3.2018 (https://www.lto.de/persistent/a_id/27435/); *Erbguth*, DRiZ 2018, 130 ff.; aus früherer Zeit bereits *D'Amato*, Georgia L.R. 11 (1977), 1277 ff.; *Susskind*, MLR 49 (1986), 125 ff.

DOI: https://doi.org/10.17875/gup2023-2374

menschliche, ihren persönlichen Vorbehalten und Vorurteilen unterworfene Richter durch den unbestechlichen, nüchtern und neutral urteilenden Computer ersetzt.[4] Dieselbe Vorstellung findet sich in modernem Gewand auch heute noch in dem Hinweis, dass „das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip, wonach das Recht abstrakt generell für alle gleich gelten sollte, besser umgesetzt werden dürfte, wenn der juristische Umsatz, also das Recht, von der Maschine und nicht durch einen menschlichen Richter ‚konstruiert' wird."[5]

Für andere ist es der böse Geist, der die Rückkehr zur Begriffsjurisprudenz einleitet,[6] Vorurteile und Diskriminierungen versteinert,[7] die Rechtsprechung entmenschlicht und sogar gegen das verfassungsrechtlich verbürgte Recht auf den gesetzlichen Richter verstößt.[8] Und, wie das bei Gespenstern so ist: Die einen glauben an die Möglichkeit ihrer Existenz,[9] die anderen halten sie für reine Hirngespinste, die in der Realität nicht vorkommen können.[10]

Bei näherer Betrachtung haben die Befürworter und Kritiker von „RoboJudges" allerdings ganz unterschiedliche Typen rechtlicher Entscheidungen vor Augen:[11] Die Befürworter behandeln überwiegend[12] einfache explizite Algorithmen im Sinne rechtlicher Expertensysteme, die einzelne Rechtsfragen in formalisierter Weise beantworten können, indem sie mit vorstrukturierten Sachverhalten „gefüttert" werden und diese nach einem vorgegebenen Regelsystem verarbeiten, und deren Ergebnisse Richter (oder Anwälte[13]) bei der Arbeit lediglich unterstützen, aber nicht ersetzen sollen.[14] Die Gegner denken dagegen vorwiegend an Systeme, die vollkommen selbständig Sachverhalte ermitteln, Gesetze auslegen und anwenden und damit Gerichte dereinst in Gänze ersetzen sollen.[15]

---

[4] S. etwa *D'Amato*, Georgia L.R. 11 (1977), 1277, 1277.

[5] *Adrian*, RTh 48 (2017), 77, 112.

[6] *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. 2012, 90 f.

[7] *Erbguth*, DRiZ 2018, 130 ff.

[8] *Enders*, JA 2018, 721, 723; Länderarbeitsgruppe Legal Tech: Herausforderungen für die Justiz, 2019 (https://www.schleswig-holstein.de/DE/landesregierung/ministerien-behoerden/II/Minister/Justizministerkonferenz/Downloads/190605_beschluesse/TOPI_11_Abschlussbericht.pdf?__blob=publicationFile&v=1), S. 60; *Winkelmann*, LTZ 2022, 163, 165.

[9] Die Möglichkeit eines Richterautomaten will etwa *Adrian*, RTh 48 (2017), 77 ff. bewiesen haben.

[10] Die Unmöglichkeit eines Richterautomaten will *Kotsoglou*, JZ 2014, 451 ff. bewiesen haben.

[11] Auf die Bandbreite denkbarer „RoboJudges" hinweisend auch *Klug*, in: JbJZivRWiss 2019, 2020, S. 63, 63.

[12] Eine Ausnahme bildet insoweit *Adrian*, RTh 48 (2017), 77 ff.

[13] Dazu s. etwa *Wagner*, BB 2017, 898 ff.; *Postinett*, Künstliche Intelligenz: Die Robo-Anwälte kommen, 17.5.2016 (https://www.handelsblatt.com/13601888.html).

[14] Etwa *Burr*, BB 2018, 476 (Prüfung des § 6a GrEStG); *Fries*, in: Breidenbach/Glatz, Rechtshandbuch Legal Tech, 2018, Kap. 7.3 (Durchsetzung von Fluggastrechten); *Klug*, in: JbJZivRWiss 2019, S. 63 (Prüfung des Eigentumsübergangs nach §§ 929 ff. BGB).

[15] Etwa *Kotsoglou*, JZ 2014, 451 ff.; *D'Amato*, Georgia L.R. 11 (1977), 1277 ff.

In diesem Spannungsfeld soll der nachfolgende Beitrag Möglichkeiten und Grenzen rechtlicher Entscheidungen durch Algorithmen ausloten. Dabei beschränkt sich die Untersuchung auf die Entscheidung von zivilrechtlichen Streitigkeiten, wie sie heute die Gerichte beschäftigen. Weder die Anwaltsperspektive noch andere Rechtsgebiete werden näher betrachtet.

2 Deterministische Algorithmen und KI[16]

Im Hinblick auf den Einsatz von Algorithmen zur rechtlichen Entscheidungsfindung werden gemeinhin zwei verschiedene Arten von Algorithmen unterschieden: deterministische (explizite) Algorithmen auf der einen Seite und Machine-Learning-Algorithmen (auch: implizite Algorithmen) auf der anderen Seite, die häufig auch mit dem schillernden Begriff „Künstliche Intelligenz" belegt werden.

Als deterministische oder explizite Algorithmen sollen im Folgenden solche Algorithmen bezeichnet werden, die zur Lösung von Aufgaben bestimmt sind, welche vorab klar definiert sind. Es handelt sich um endliche Wenn-dann-Strukturen, die zu einem bestimmten Input stets denselben vorher bestimmten Output generieren. Dabei sind sämtliche Ergebnisse, die der Algorithmus erzielen kann, und die hierfür erforderlichen Bedingungen im Voraus festgelegt. Auch wenn solche Algorithmen sehr komplex sein können, besteht ihr hier in den Vordergrund gestelltes Charakteristikum darin, dass ihr Verhalten vom Programmierer ex ante vollständig festgelegt wird und für Menschen zumindest in abstracto nachvollziehbar ist. Beispiele für solche Algorithmen sind einfache Taschenrechner, aber auch Unterhaltsberechnungen der gängigen Programme oder die automatische Steuerberechnung beim Finanzamt.

Demgegenüber können Algorithmen, die auf Machine Learning-Technologien beruhen, auch Aufgaben lösen, die ihnen nicht zuvor explizit einprogrammiert wurden. Derartige Algorithmen „lernen" aus großen Zahlen von Beispielen und entwickeln sich gegenüber dem Stand zum Zeitpunkt ihrer Programmierung durch „Training" weiter. Der Ablauf dieses „Trainings" wird zwar von Menschen gesteuert. Am Ende dieses „Trainings" steht jedoch ein Algorithmus, dessen Verhalten im Einzelnen für Menschen nicht mehr nachvollziehbar ist, auch nicht *in abstracto*. Die Komplexität des Algorithmus' lässt sich nicht mehr in Wenn-dann-Strukturen übertragen, die für Menschen verständlich wären, selbst wenn sie im eigentlichen Sinne noch deterministisch sind. Typische Beispiele derartiger Algorithmen sind solche zur Sprach- und Bilderkennung, zur Erkennung von Mustern in großen Datenmengen, aber auch zum automatischen Generieren von Texten oder Bildern.

[16] S. zu diesen Abgrenzungsfragen eingehend *Stiemerling*, in: Kaulartz/Braegelmann, Rechtshandbuch Artificial Intelligence und Machine Learning, 2020, Kap. 2.1.

3 Richterliche Entscheidungsfindung

Betrachtet man nun die richterliche Entscheidungsfindung vor dem Hintergrund dieser Typen von Algorithmen, so scheint diese auf den ersten Blick einem deterministischen Algorithmus zu entsprechen.[17]

3.1 Der Justizsyllogismus als Algorithmus

Klassisch wird die richterliche Entscheidungsfindung durch den sogenannten Justizsyllogismus beschrieben. Danach besteht die Rechtsanwendung aus den drei Elementen Obersatz, Untersatz und Subsumtion.[18] Der Obersatz lautet in abstrakter Beschreibung: „Für Tatbestand T (bestimmt durch die Merkmale T_1 bis T_n) gilt die Rechtsfolge R." Im Untersatz wird festgestellt, dass ein Sachverhalt S die Merkmale T_1 bis T_n enthält. Unter dieser Voraussetzung ergibt die Subsumtion, dass für Sachverhalt S die Rechtsfolge R gilt.

Dieses Vorgehen lässt sich unmittelbar mit der Anwendung eines Algorithmus vergleichen: Der Obersatz beschreibt den Algorithmus selbst, also die anzuwendende Wenn-Dann-Struktur. Der Untersatz beschreibt den Input, und die Subsumtion ergibt den Output.

Am Beispiel einer Entschädigungsforderung nach der Fluggastrechteverordnung könnte das folgendermaßen aussehen: Der Obersatz/Algorithmus lautet „verfügt ein Fluggast über eine bestätigte Buchung für einen Linienflug, der in der EU startet oder von einer EU-Airline ausgeführt wird, und wird ihm die Beförderung auf diesem Flug verweigert, obwohl er sich rechtzeitig zur Abfertigung eingefunden hat, oder kommt der Flug mit einer Verspätung von mehr als 3 Stunden am Zielort an, so hat der Fluggast Anspruch auf Entschädigung in Höhe von 250/400/600 €, sofern dies nicht auf außergewöhnliche Umstände zurückgeht." Ein entsprechender Untersatz bzw. Input wäre „X hatte eine bestätigte Buchung für den Iberia-Flug IB045 von München nach Barcelona am 3.6.2020, planmäßige Ankunft 12:15 Uhr und kam um 18:00 Uhr in Barcelona an." Die Subsumtion bzw. der Output würde dann lauten „X hat einen Anspruch gegen Iberia auf Entschädigung in Höhe von 250 €."

Das sieht zunächst so aus, als könnte diese Fallkonstellation leicht algorithmisch abgebildet und die rechtliche Entscheidungsfindung automatisiert werden. Doch ist das wirklich so einfach?

---

[17] S. hierzu auch überblicksweise *Rühl*, JZ 2020, 809, 814 f.

[18] S. dazu im vorliegenden Zusammenhang auch *Kotsoglou*, JZ 2014, 451 ff.; *Deichsel*, Digitalisierung der Streitbeilegung, 2021, 251 ff.

3.2 Die reale Welt des Justizsyllogismus

Um diese Frage zu beantworten, ist für alle drei Elemente des Justizsyllogismus' zu klären, wie sie tatsächlich entstehen.[19]

3.2.1 Der Obersatz

Woher kommt also der Obersatz? Idealiter wird dieser gebildet aus dem Gesetz selbst bzw. durch dessen Auslegung und ggf. Fortbildung. Diese folgen den Regeln der Methodenlehre, die allerdings ihrerseits nicht deterministisch sind und sich algorithmisch bisher nicht abbilden lassen. Die Auslegung eines Gesetzes zur Anwendung in einem konkreten Einzelfall erfordert ein ständiges „Hin-und-her-Wandern des Blickes" zwischen Rechtsnorm und Sachverhalt,[20] um all diejenigen Elemente der Rechtsnorm passend zu konkretisieren, die für den jeweiligen Sachverhalt relevant sind. Zugleich wird der Sachverhalt nach verallgemeinerungsfähigen Gesichtspunkten untersucht, die wiederum für eine Normkonkretisierung durch Auslegung und Fortbildung fruchtbar gemacht werden. Dieser Prozess erfolgt nicht rein mechanisch, sondern setzt eine Rückbindung an dahinterliegende Werte und Wertungen voraus, der notwendigerweise ein subjektives Element innewohnt. Gesetzesauslegung und -fortbildung sind auch bei Einhaltung der anerkannten Regeln der Methodenlehre und ihrer verfassungsrechtlichen Grenzen nie intersubjektiv zwingend, sondern folgen unvermeidlich auch persönlichen Präferenzen der jeweiligen Rechtsanwender.[21] Diese Subjektivität ist auch institutionell im Grundgesetz verankert, nämlich in der richterlichen Unabhängigkeit nach Art. 97 Abs. 1 GG. Gäbe es nur eine objektiv richtige methodenkonforme Gesetzesauslegung, so wäre die sachliche richterliche Unabhängigkeit nicht erforderlich; die einzig richtige Auslegung könnte schlicht von oben verordnet werden.

Realiter erfolgt die „amtliche" Auslegung und Fortbildung der Gesetze dagegen durch die hierzu kompetenziell berufenen Gerichte. Dies ist für das deutsche Recht der Bundesgerichtshof (§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO), für das europäische Recht der Europäische Gerichtshof in Luxemburg (Art. 267 AEUV). Jedoch gibt es in beiden Fällen keine formelle Präjudizienbindung außerhalb des konkret entschiedenen Verfahrens. Die Auslegung und Fortbildung durch das zuständige Obergericht ist daher nur faktisch, nicht aber rechtlich für Untergerichte bindend. Vielmehr bedeutet die richterliche Unabhängigkeit (Art. 97 Abs. 1 GG) gerade auch, dass Untergerichte von der Rechtsauffassung der Obergerichte abweichen dürfen. Die Verfahrensordnungen sehen für diesen Fall vor, dass Rechtsmittel zuzulassen sind, um

[19] S. zum Folgenden näher und m.w.N. *Riehm*, Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung, 2006, S. 16 ff.

[20] Dazu *Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl. 1963, S. 15.

[21] S. im vorliegenden Zusammenhang auch *Rollberg*, Algorithmen in der Justiz, 2020, S. 74; *Nink*, Justiz und Algorithmen, 2021, 28 ff.; *Dörr*, REthinking: law 02.2021, 41, 42.

eine höchstrichterliche Klärung herbeizuführen (z. B. §§ 511 Abs. 4; 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO). Auch im europäischen Recht ist eine solche Abweichung grundsätzlich zulässig; das abweichende Gericht hat allerdings zuvor eine Vorabentscheidung des europäischen Gerichtshofs einzuholen.[22]

Die Bildung des Obersatzes ist mithin im tatsächlichen Rechtssystem nicht objektiv vorgegeben, sondern obliegt jeweils den im Einzelfall entscheidenden Gerichten. Die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung ist nicht durch die Vorgabe zwingender Obersätze gesichert, sondern allein prozedural durch entsprechende Vorlage- bzw. Rechtsmittelzulassungspflichten.

3.2.2 Der Untersatz

Auch hinsichtlich des Untersatzes stellt sich die Sachlage in der Realität wesentlich komplexer dar als in der Idealwelt des Justizsyllogismus‘. In dieser Idealwelt steht der Sachverhalt fest, weil er entweder zwischen den Parteien unstreitig ist oder aus unbestrittenen öffentlich zugänglichen Dokumenten nachgewiesen wurde. In der Realität ist der Sachverhalt dagegen zwischen den Parteien streitig, was eine Beweisaufnahme und Beweiswürdigung durch das Gericht nötig macht. Die Beweiswürdigung ist jedoch nach § 286 ZPO der subjektiven richterlichen Überzeugung zugewiesen, die ihrerseits wiederum nicht deterministisch ist. Ziel der Beweiswürdigung ist nicht die Ermittlung der objektiven Wahrheit, sondern lediglich die hinreichende (subjektive) Überzeugung des Gerichts von der Wahrheit einer Tatsachenbehauptung der beweispflichtigen Partei.[23] Das System der Beweiswürdigung akzeptiert daher die Möglichkeit, dass unterschiedliche Gerichte dieselben Beweismittel trotz Einhaltung des rechtlich vorgegebenen Beweisverfahrens unterschiedlich würdigen, ohne dass eine dieser Würdigungen im Rechtsmittelwege als falsch identifiziert würde.

Auch hier gibt es also nicht die eine, ex ante feststehende „objektiv richtige“ Beweiswürdigung, sondern eine subjektive, der konkret entscheidenden Person überantwortete Entscheidung über den zugrunde zu legenden Sachverhalt.

3.2.3 Die Subsumtion

Was schließlich die Subsumtion anbelangt, also die Zuordnung der einzelnen Sachverhaltselemente des Untersatzes zu den Tatbestandselementen des Obersatzes und die sich daraus ergebende rechtliche Schlussfolgerung, so stellt sich diese idealiter als simple logische Operation dar: Eine Buchung ist eine Buchung, und Verspätung ist Verspätung. Doch auch hier erweist sich die Realität als komplexer. Eine simple logische Operation liegt nur dann vor, wenn der Obersatz ausschließlich aus deskriptiven Tatbestandsmerkmalen besteht, denen die Sachverhaltselemente ohne jede rechtliche Wertungsoperation zugeordnet werden können.

[22] *Kotzur/Dienelt*, in: Geiger/Khan/Kotzur u. a., EUV, AEUV, 7. Aufl. 2023, Art. 267 AEUV Rn. 38.
[23] Dazu ausf. *Riehm,* Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung, 2006, S. 77 ff.

Bei näherer Betrachtung zeigt sich indessen, dass es solche „rein deskriptiven“ Tatbestandsmerkmale kaum je gibt. Wann ist etwa eine Flugbuchung eine „bestätigte Buchung“ im Sinne der Fluggastrechte-Verordnung – was ist beispielsweise, wenn die Buchung mit Falschangaben erschlichen wurde (z. B. Buchung für „noch unbekannt“[24])? Worauf kommt es an, um die Verspätung eines Fluges festzustellen: auf das Aufsetzen der Maschine auf der Landebahn, das Andocken am Gate oder die Ankunft der Koffer auf dem Gepäckband?[25] Selbst vermeintlich klare und deskriptive Tatbestandsmerkmale haben Grenzfälle, deren Zuordnung nicht mehr selbstverständlich ist. Erst recht gilt das bei wertausfüllungsbedürftigen Tatbestandsmerkmalen, also solchen, bei denen die Zuordnung des Sachverhalts zwingend eine rechtliche Wertungsoperation erfordert. Im Beispiel sind das die „außergewöhnlichen Umstände“, die einen Entschädigungsanspruch ausschließen, wenn die Flugverspätung auf ihnen beruht. Zur Konkretisierung dieser „außergewöhnlichen Umstände“ enthält zwar Erwägungsgrund 14 der Fluggastrechte-Verordnung eine beispielhafte Aufzählung; diese ändert aber nichts an dem Erfordernis einer Abwägung aller Umstände in jedem Einzelfall.[26] Zudem führen auch außergewöhnliche Umstände nach der Rechtsprechung des EuGH nur dann zu einem Ausschluss des Ausgleichsanspruchs, wenn diese nicht durch „zumutbare Vorkehrungen“ hätten vermieden werden können. Auch die Prüfung, welche Aufwendungen „zumutbar“ in diesem Sinne sind, erfordert eine umfassende Einzelfallabwägung.[27]

Auch diese Abwägungsentscheidungen im Rahmen der Subsumtion sind ein nicht-deterministischer Vorgang. Trotz geradezu ausufernder Kasuistik geschehen tagtäglich neue Sachverhalte, deren rechtliche Beurteilung im Hinblick auf ihre Einordnung als „außergewöhnliche Umstände“ solange ungewiss ist, bis sie höchstrichterlich entschieden sind – durch den BGH oder den EuGH, deren Entscheidung niemand zu 100% sicher vorhersagen kann, und die Untergerichte nicht über den entschiedenen Einzelfall hinaus rechtlich bindet, noch nicht einmal für Entschädigungsansprüche anderer Passagiere desselben Fluges.

3.3 Zwischenfazit

Nach alledem bleibt festzuhalten, dass deterministische Algorithmen nur dann Recht sprechen könnten, wenn der Obersatz strikt vorgegeben wäre, der zu subsumierende Sachverhalt feststünde, und für die Subsumtion keinerlei Wertungsoperationen erforderlich wären. Da jedoch unter den Bedingungen der realen Rechtsanwendung keine einzige dieser Voraussetzungen erfüllbar ist, scheidet eine „echte“ Rechtsanwendung durch deterministische Algorithmen bereits aus grundsätzlichen

[24] BGH NJW 2013, 598.
[25] BeckOGK BGB/*Steinrötter*, 1.11.2022, Fluggastrechte-VO Art. 6 Rn. 46 ff.
[26] BeckOGK BGB/*Steinrötter*, Art. 5 Rn. 39.
[27] S. zu deren Rechtsnatur *Riehm*, RW 2013, 1 ff.

rechtstheoretischen Erwägungen aus. Der Prozess der Rechtsanwendung ist auf jeder seiner Stufen durch nicht-deterministische Elemente geprägt, die eine Abbildung durch deterministische Algorithmen unmöglich machen.

Aber schließt das auch eine rechtliche Entscheidungsfindung durch Machine Learning-Algorithmen aus? Diese Algorithmen zeichnen sich ja gerade dadurch aus, dass sie keine ex ante feststehenden Wenn-dann-Strukturen benötigen, sondern aus (sehr) vielen Beispielen Muster erkennen und lernen. Studien haben gezeigt, dass solche Algorithmen auch Abwägungsmuster erkennen können – auch wenn die hierzu am häufigsten zitierten verschiedenen Studien zur Vorhersage von Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR)[28] aus methodischen Gründen wertlos sind.[29] Bei einer entsprechend großen Menge an Trainingsdaten wäre es tatsächlich in nicht allzu ferner Zukunft denkbar, dass eine solche „Künstliche Intelligenz" auch rechtliche Wertungsentscheidungen nach dem Vorbild vergangener Gerichtsentscheidungen treffen und rechtsmittelfest begründen kann. Wegen der grundsätzlichen Fähigkeit derartiger Systeme zu Ähnlichkeitsschlüssen wäre dies auch nicht auf die Reproduktion vergangener Entscheidungen begrenzt, sondern könnte auch unbekannte Sachverhalte in Analogie zu bekannten Mustern entscheiden und dabei gewissermaßen Rechtsfortbildung betreiben.

4 Bedenken

Allerdings bestehen gegenüber dem Einsatz derartiger impliziter Algorithmen auf der Basis von Machine Learning-Technologien eine Reihe gravierender Bedenken, von denen nur die wichtigsten im Folgenden kurz ausgeführt werden sollen.[30] Diese Bedenken betreffen zum einen die technische Umsetzbarkeit einer derartigen „Justiz-KI", zum anderen deren rechtsstaatliche Zulässigkeit.

---

[28] *O'Sullivan/Beel*, Predicting the Outcome of Judicial Decisions made by the European Court of Human Rights, 2019 (https://ceur-ws.org/Vol-2563/aics_26.pdf); *Şulea/Zampieri/Vela u. a.*, in: Mitkov/Angelova, Proceedings of the International Conference Recent Advances in Natural Language Processing, 2017, S. 716 ff.; *Aletras/Tsarapatsanis/Preoţiuc-Pietro u. a.*, PeerJ Computer Science 2 (2016), e93 ff.

[29] Die verwendete Software analysierte nicht die Verfahrensakten mit dem streitigen Parteivortrag, sondern lediglich den vom EGMR *ex post facto* erstellten Tatbestand, und orientierte sich nicht an dessen Inhalt, sondern an unspezifischen Konjunktionen, deren Verwendung im Tatbestand durch den EGMR das gefällte Urteil verriet, s. *Aletras/Tsarapatsanis/Preoţiuc-Pietro u. a.*, PeerJ Computer Science 2 (2016), e93 (13 ff.); krit. daher auch *Bull/Steffek*, ZKM 2018, 165, 167 f.

[30] S. auch die Überblicke bei *Rühl*, in: Kaulartz/Braegelmann, Rechtshandbuch Artificial Intelligence und Machine Learning, Kap. 14.1; *Huber/Giesecke,* in: Ebers/Heinze/Krügel/Steinrötter, Künstliche Intelligenz und Robotik, 2020, § 19 Rn. 23 ff.

4.1 Technische Umsetzbarkeit

4.1.1 Das Black box-Problem

Wie bereits eingangs ausgeführt, sind Algorithmen, die mithilfe von Machine Learning-Technologien entwickelt bzw. „trainiert“ wurden, für Menschen nicht mehr verständlich. Im Kern führen diese Algorithmen eine unvorstellbar große Zahl statistischer Operationen durch, die die Kapazität des menschlichen Verstandes um Größenordnungen überschreitet. Das menschliche juristische Denken, das auf Kausalitäten und logische Erklärungen ausgerichtet ist, ist mit diesen Verfahren schlicht nicht kompatibel. Anders als bei deterministischen Wenn-dann-Strukturen bilden solche Verfahren nicht mehr die Grundstruktur des Justizsyllogismus ab, sondern beruhen auf einem hochkomplexen Ähnlichkeitsvergleich unter Berücksichtigung unzähliger Parameter. Die Kausalität oder Bedeutung einzelner Parameter für das Endergebnis ist selbst für die Programmierer des Algorithmus oder für die „Trainer“ nicht mehr nachvollziehbar. Der eigentliche Entscheidungsweg kann daher nicht mehr in einer für Menschen verständlichen Weise dargestellt werden, weil er nicht über sprachlich darstellbare Kausalitätsbeziehungen läuft – das System ist für Menschen eine „Black box“.[31]

Zwar zeigen moderne generative KI-Algorithmen eindrucksvoll, dass eine „Künstliche Intelligenz“ in absehbarer Zeit ohne weiteres in der Lage sein wird, rechtsmittelfeste Entscheidungsbegründungen zu verfassen.[32] Es wäre daher technisch möglich, für praktisch jedes Entscheidungsergebnis eine rechtlich vertretbare Begründung automatisiert zu erstellen, die einer Überprüfung durch höhere Instanzen standhalten würde. Diese Begründung hätte allerdings mit der eigentlichen Entscheidungsfindung nichts zu tun; sie könnte sogar für ein rein zufällig ausgewürfeltes Ergebnis gegeben werden. Dies würde das Black box-Problem nicht lösen, sondern eher verschärfen, weil eine überzeugend formulierte, aber letztlich aus der Luft gegriffene Entscheidungsbegründung umso wirkungsvoller verschleiern würde, dass die eigentliche Entscheidung gerade nicht auf den in der Begründung dargestellten Erwägungen beruht.

Hiergegen lässt sich allenfalls anführen, dass auch ein menschlicher Richter für die Parteien letztlich eine Black box darstellt, und dass auch bei menschlichen Richtern die „Herstellung“ einer Entscheidung nicht zwingend mit der „Darstellung“ ihrer Begründung übereinstimmen muss. Ob die gegebene rechtliche Begründung tatsächlich den Gedankengang bei der Entscheidungsfindung widerspiegelt, oder *ex post* zu deren Rechtfertigung konstruiert wird, ist für die Parteien nicht ersichtlich

---

[31] Dazu etwa *Rühl*, in: Kaulartz/Braegelmann, Rechtshandbuch Artificial Intelligence und Machine Learning, Kap. 14.1 Rn. 19 ff. m.w.N.

[32] S. etwa den GPT-Chatbot von open.ai, s. https://openai.com/blog/chatgpt/.

und rechtlich auch unerheblich.[33] Allerdings stellt sich in diesem Fall das menschliche Gericht immerhin mit seiner Unterschrift und damit mit der persönlichen Verantwortung hinter die Entscheidung und die hierfür gegebene Begründung. Diese Übernahme von Verantwortung ist ein zwischenmenschlicher kommunikativer Akt, der für die Akzeptanz einer gerichtlichen Entscheidung von wesentlicher Bedeutung sein dürfte und durch eine „Künstliche Intelligenz" nicht abzubilden ist.

4.1.2 Trainingsdaten

Ein weiteres praktisches Problem ist das der Trainingsdaten: Ein Machine Learning-Algorithmus bedürfte einer extrem großen Menge von Trainingsdaten, die derzeit schlicht nicht verfügbar sind. Soll ein Algorithmus tatsächlich einen Fall auf der Grundlage streitiger Tatsachen- und Rechtsbehauptungen der Prozessparteien entscheiden, müsste er auf der Grundlage vollständiger Verfahrensakten trainiert werden. Es genügt also nicht, lediglich Urteile als Trainingsdaten zu verwenden, weil die darin enthaltenen Sachverhaltszusammenfassungen im Tatbestand bereits auf einer eigenständigen Würdigung durch das Gericht beruhen und in Kenntnis des Entscheidungsergebnisses erstellt worden sind. Es ist daher davon auszugehen, dass die Sachverhaltsdarstellung im Tatbestand bereits „zwischen den Zeilen" das Ergebnis verrät, wie dies in der EGMR-Studie auch deutlich geworden ist.[34]

Eine tatsächlich leistungsfähige juristische „Künstliche Intelligenz" müsste vielmehr auf der Basis von Millionen vollständiger Verfahrensakten (von der Klageschrift bis zum Endurteil) trainiert werden, um die Arbeit eines Gerichtes zu übernehmen. Diese Daten sind erst seit kurzem und noch längst nicht flächendeckend digital verfügbar und müssten über viele Jahre aus den e-Akten-Systemen der Justiz extrahiert und gesammelt werden. Gegenüber diesem Vorgehen bestehen selbstverständlich auch noch gravierende datenschutzrechtliche Bedenken.

Die gegenwärtigen Versuche, Systeme allein auf der Basis der verfügbaren veröffentlichten Rechtsprechung zu trainieren, führen indessen zu nicht aussagefähigen Ergebnissen. In Deutschland werden derzeit – bedauerlicherweise – nur ca. ein bis zwei Prozent der tatsächlich ergehenden Gerichtsentscheidungen veröffentlicht.[35] Die Auswahl dieser Entscheidungen ist dabei keineswegs repräsentativ. Veröffentlicht werden vielmehr vorwiegend diejenigen Entscheidungen, die von den Parteien oder den Gerichten für „publikationswürdig" gehalten werden, weil sie „besonders" sind. Veröffentlicht werden mit anderen Worten nicht die alltäglichen „Brot-und-Butter-Entscheidungen", in denen Standardfälle nach dem Vorbild der ständigen Rechtsprechung behandelt werden. Stattdessen wird gerade der verschwindend geringe Teil „Ausreißer"-Entscheidungen publiziert, in denen etwa ein

---

[33] Zu diesem Problem näher *Riehm*, Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung, 160 ff.
[34] Dazu oben bei und in Fn. 29.
[35] Dazu näher *Hamann*, JZ 2021, 656 ff.

unterinstanzliches Gericht von der höchstrichterlichen Rechtsprechung abweicht oder eine neue Rechtsfrage erstmalig entschieden wird.

Wollte man allerdings einer „künstlichen Intelligenz" beibringen, wie deutsche Gerichte tatsächlich entscheiden, so müsste man ihr die 98-99 % unveröffentlichten Entscheidungen zeigen, die das Alltagsgeschäft der Justiz repräsentativ abbilden. Der geringe Prozentsatz veröffentlichter „besonderer" Entscheidungen erweckt demgegenüber ein völlig falsches Bild von der tatsächlichen Rechtsprechung (sogenannter *publication bias*). Auf die wirklich relevanten 98-99 % besteht aber gegenwärtig kein digitaler Zugriff.

4.1.3 Sachverhaltsermittlung – Inputdaten

Problematisch bleibt ferner die Sachverhaltsermittlung. Zwar könnte eine „Künstliche Intelligenz" die Tatsachenbehauptungen aus den Schriftsätzen der Parteien extrahieren und auswerten; eine umfassende Beweisaufnahme mit Zeugenvernehmungen (einschließlich Glaubwürdigkeitsbeurteilung) und Augenscheinnahmen im Ortstermin stellen jedoch noch einmal ganz andere Anforderungen an die Fähigkeiten entsprechender Algorithmen.[36] Jeder Algorithmus kann indessen nur so gute Ergebnisse erzielen, wie es die Qualität seiner Inputdaten zulässt – es gilt das Prinzip „*rubbish in, rubbish out*". Hier dürfte die „Schnittstelle" zwischen der realen Welt der Beweismittel und ihrer Auswertung durch Software noch für lange Zeit unüberwindbar sein.

4.1.4 Adverse Patterns

Nach dem gegenwärtigen Stand der Technik können Systeme, die auf Machine Learning-Technologien beruhen, verhältnismäßig leicht durch sogenannte „*adverse patterns*" getäuscht werden. Darunter versteht man Muster, die für das menschliche Auge gänzlich unverdächtig und nicht erkennbar sind, die algorithmische Mustererkennung aber überlisten. Bekannt ist dies etwa von unscheinbaren Aufklebern, die eine automatische optische Verkehrszeichenerkennung dazu bringen, ein Tempolimitschild, das für einen Menschen ohne weiteres als ein solches erkennbar bleibt, als Stoppschild zu identifizieren.[37] Tierbilder können mit einem für Menschen unsichtbaren Bildrauschen überlagert werden, was eine Bilderkennungs-Software dazu bringt, eine andere Tierart in dem Bild zu erkennen. Für eine Justiz-KI wäre ein banales Beispiel für ein *adverse pattern* die Einfügung von weißem Text auf weißem Grund in einen PDF-Schriftsatz, der für Menschen nicht sichtbar wäre, aber entscheidende Schlüsselwörter für das KI-System enthalten könnte.

---

[36] *Nink*, ZdiW 2021, 1 (2); zweifelnd daher sogar *Quarch/Hähnle*, NJOZ 2020, 1281, 1285.
[37] S. etwa https://www.heise.de/newsticker/meldung/Autonome-Autos-Forscher-fuehren-Bilderkennung-mit-manipulierten-Schildern-in-die-Irre-3974483.html.

Der Einsatz solcher *patterns* könnte zwar wiederum technologisch erkannt werden, es würde allerdings potenziell zu einem ewigen Wettlauf zwischen Täuschenden und Getäuschten kommen. Gerade wenn bekannt ist, mit welchen Algorithmen die Justiz arbeitet – und etwas anderes dürfte schon aus rechtsstaatlichen Gründen nicht vorstellbar sein –, könnten Schriftsätze auf einer Parallelinstallation der Justizsoftware so lange getestet werden, bis das gewünschte Ergebnis erreicht wird.

4.1.5 Die Versteinerung der Rechtsprechung

Zuletzt wird gegen den Einsatz von Machine Learning-Algorithmen in der Justiz immer wieder zu Recht ins Feld geführt, dass diese zu einer „Versteinerung" der Rechtsprechung führen würden.[38] Die Algorithmen würden anhand der Entscheidungen aus der Vergangenheit trainiert werden und könnten diese stets reproduzieren oder auf neue Sachverhalte entsprechend der gelernten Muster anwenden. Neue Interpretationen der bestehenden Gesetze aufgrund eines geänderten Regelungsumfelds oder geänderter gesellschaftlicher Wertvorstellungen wären auf dieser Grundlage nicht möglich.[39] Auch bestehende Vorurteile der Vergangenheit, die die bisherige Rechtsprechung und damit die Trainingsdaten geprägt haben mögen, würden auf diese Weise auf Dauer fortgeschrieben.

Zudem würde jede Gesetzesänderung die Systeme obsolet machen, weil die Trainingsdaten, die auf der Grundlage der alten Gesetzeslage ergangen sind, wertlos würden. Da zudem nicht genau identifiziert werden kann, welcher Faktor der Trainingsdaten die Ergebnisse des Algorithmus' in welcher Form beeinflusst, können neue Gesetze auch nicht durch punktuelle Modifikation des Algorithmus' eingearbeitet werden. Der Algorithmus ist vielmehr insgesamt bei einer (und sei es auch nur marginalen) Gesetzesänderung wertlos und muss vollständig neu trainiert werden.

4.2 Verfassungsrechtliche Grenzen

Unter rechtsstaatlichen bzw. verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten bestehen eine ganze Reihe gravierender Bedenken gegen den Einsatz künstlicher Intelligenz zur automatisierten rechtlichen Entscheidungsfindung bei Gericht.[40]

---

[38] Etwa *Rühl*, in: Kaulartz/Braegelmann, Rechtshandbuch Artificial Intelligence und Machine Learning, Kap. 14.1 Rn. 15 ff.

[39] S. auch *Heil*, IT-Anwendung im Zivilprozess, 2020, S. 76 ff.

[40] S. auch *Rühl*, in: Kaulartz/Braegelmann, Rechtshandbuch Artificial Intelligence und Machine Learning, Kap. 14.1 Rn. 22 ff. mit weiteren rechtlichen Bedenken; *Bernzen*, RDi 2023, 133 ff.

4.2.1 Recht auf den gesetzlichen Richter und Richtervorbehalt

Ein zentraler Einwand betrifft zunächst das grundrechtsgleiche Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) und die Übertragung der rechtsprechenden Gewalt auf „die Richter“ (Art. 92 GG). Es entspricht ganz herrschender Auffassung im Verfassungsrecht, dass „Richter“ im Sinne dieser Vorschriften ausschließlich Menschen sein können,[41] die richterliche Unabhängigkeit nach Art. 97 Abs. 1 GG genießen. Soweit also nach dem geltenden (Prozess-)Recht eine rechtsprechende Tätigkeit vorgesehen ist, kann diese Aufgabe nur durch einen Menschen wahrgenommen werden.

Zwar unterliegt nicht jede rechtliche Entscheidung einem derartigen Richtervorbehalt, wie bereits die zahlreichen Aufgaben belegen, die nach § 3 RPflG den Rechtspflegern übertragen sind, welche keine richterliche Unabhängigkeit genießen[42] und daher auch nicht vom Recht auf den gesetzlichen Richter umfasst sind.[43] Das – den Rechtspflegern übertragene (§ 3 Nr. 3 lit. a) i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 1 RPflG) – Mahnverfahren kann hier auch durchaus zu rechtskräftigen Sachentscheidungen in Gestalt von Vollstreckungsbescheiden gem. § 699 ZPO führen. Gleichwohl besteht ein zentraler Unterschied zur eigentlichen Spruchrichtertätigkeit, die verfassungsrechtlich gem. Art. 101 Abs. 1 S. 2 und Art. 97 Abs. 1 GG privilegiert ist, darin, dass Mahn- und Vollstreckungsbescheide von Rechtspflegern ohne inhaltliche Sachprüfung erlassen werden. Eine tatsächliche inhaltliche Richtertätigkeit lässt sich nicht auf vergleichbare Weise dem Richtervorbehalt (und damit den Art. 97 Abs. 1, 101 Abs. 1 S. 2 GG) entziehen und einem Softwaresystem übertragen.

Das Recht auf den gesetzlichen Richter gilt auch nicht nur für die letzte Instanz, sondern in jeder Instanz der gerichtlichen Entscheidung. Sobald also nach der ZPO eine rechtliche Streitentscheidung aufgrund inhaltlicher Sachprüfung gefordert ist, muss diese aus verfassungsrechtlichen Gründen von einem Menschen getroffen werden. Ob de lege ferenda in der ZPO eine Art automatisch generierter „Vorbescheid“ vorgesehen werden kann, der keine richterliche Entscheidung darstellt, erscheint angesichts des klaren Wortlauts von Art. 92 GG äußerst zweifelhaft: Zu der von dieser Vorschrift den (menschlichen) Richtern exklusiv anvertrauten rechtsprechenden Tätigkeit gehört nach der Rechtsprechung des BVerfG die Entscheidung

---

[41] *Enders*, JA 2018, 721, 723; *Länderarbeitsgruppe*, Legal Tech: Herausforderungen für die Justiz, 2019 (https://www.schleswig-holstein.de/DE/landesregierung/ministerien-behoerden/II/Minister/Justizministerkonferenz/Downloads/190605_beschluesse/TOPI_11_Abschlussbericht.pdf?__blob=publicationFile&v=1), S. 60; *Winkelmann*, LTZ 2022, 163 (165); *Nink*, Justiz und Algorithmen, 261 ff.; offener *Quarch*/*Hähnle*, NJOZ 2020, 1281, 1283.

[42] Dürig/Herzog/Scholz/*Hillgruber,* Grundgesetz, März 2022, Art. 97 Rn. 20 sowie Dürig/Herzog/Scholz/*Hillgruber*, Art. 92 Rn. 70.

[43] Dürig/Herzog/Scholz/*Jachmann-Michel*, Art. 101 Rn. 35.

bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten vermögensrechtlicher Art[44] (nach dem Vorstehenden zu ergänzen: aufgrund inhaltlicher Sachprüfung). Schon hier stößt der Einsatz von KI als Richterersatz an verfassungsrechtliche Grenzen, die allenfalls durch eine Verfassungsänderung überwunden werden können.[45]

4.2.2 Rechtsstaatsprinzip

Auch aus dem Rechtsstaatsprinzip – das einer Verfassungsänderung nach Art. 79 Abs. 3 GG entzogen ist – ergeben sich Grenzen für den Einsatz von KI zur rechtlichen Streitentscheidung. Aus diesem folgt zum einen ein Begründungserfordernis für rechtliche Entscheidungen, das richtigerweise nur so verstanden werden kann, dass die tatsächlich tragenden Erwägungen für die Entscheidung wiedergegeben werden müssen. Beim gegenwärtigen Stand von Machine Learning-Algorithmen kann aber gerade keine für Menschen verständliche Begründung im Sinne einer kausalen Ableitung der Entscheidung aus Rechtsnormen und den einzelnen entscheidungserheblichen Sachverhaltselementen gegeben werden. Gerade diese Begründung ist jedoch von erheblicher Bedeutung für die prozedurale Gerechtigkeitsgewähr: Wo schon das Entscheidungs*ergebnis* wegen der unvermeidlichen Auswirkungen subjektiver Wertungen nur eingeschränkt kontrollierbar ist, muss wenigstens die *Herleitung* der Entscheidung nachvollziehbar und durch höhere Instanzen kontrollierbar sein, um die Entscheidung an Recht und Gesetz rückzubinden. Eine nur *ex post* konstruierte, den tatsächlichen Entscheidungsvorgang nicht wiedergebende Begründung genügt diesem rechtsstaatlichen Erfordernis gerade nicht.[46] Hier wären neuartige, derzeit noch nicht existierende Formen von *„explainable AI"* nötig, um tatsächlich in menschenverständlicher Weise aufzudecken, welche Erwägungen für die Entscheidung tragend waren.

4.2.3 Richterliche Unabhängigkeit (Art. 97 Abs. 1 GG)

Ein entscheidender Gesichtspunkt gegen die Zulässigkeit des Einsatzes von Algorithmen zur rechtlichen Streitentscheidung folgt schließlich aus dem Gebot der richterlichen Unabhängigkeit (Art. 97 Abs. 1 GG):[47] Soweit die Entscheidung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten Richtern übertragen ist (s. Art. 92 GG), müssen diese Richter sachliche Unabhängigkeit genießen. Jeder Richter muss also befugt sein, selbst und in eigener inhaltlicher Verantwortung seine Entscheidung zu treffen. Damit ist es nicht vereinbar, wenn Richter gezwungen sind, eine bestimmte Software einzusetzen und deren Ergebnisse als eigene Entscheidungen zu erlassen.

---

[44] BVerfG 14, 56, 66; Dürig/Herzog/Scholz/*Hillgruber*, Art. 92 Rn. 36.
[45] *Bernzen,* RDi 2023, 133 Rn. 10 ff.
[46] BVerfG NJW 2001, 2161, 2162 sub B.I.2.c.cc.
[47] Dazu eingehend *Kahle*, LTZ 2022, 170 ff.

Wie oben ausgeführt, ist der einzelne Richter gerade nicht an die Rechtsprechung übergeordneter Instanzen gebunden und kann auch nicht durch deren softwaremäßige Implementierung mittelbar dazu gezwungen werden, diese zu übernehmen.[48]

4.2.4 Gewaltenteilung

Das führt zu einem weiteren Problem, das in der bisherigen Diskussion noch kaum erörtert wird: Welche staatliche Gewalt darf eigentlich legitimerweise über den Einsatz und vor allem die Konfiguration von rechtlicher Entscheidungssoftware bestimmen? In der Praxis dürften es derzeit vorrangig die Justizministerien der Länder sein, die entsprechende Software zentral beschaffen oder in Auftrag geben. Diese gehört allerdings der Exekutive an und ist nicht befugt, die inhaltliche Entscheidungstätigkeit von Gerichten zu bestimmen. Keinesfalls dürfen Ministerialbeamte darüber entscheiden, welche Algorithmen in welcher Konfiguration anstelle der unabhängigen Gerichte rechtliche Entscheidungen treffen. Aus dem gleichen Grund darf eine solche Entscheidung auch nicht vom Gesetzgeber getroffen werden.

Die Auswahl der entsprechenden Software müsste also der Judikative übertragen werden, die freilich keine zentralen passenden Organe für derartige Entscheidungen hat. Allenfalls die Gerichtspräsidien wären derartige Gremien – freilich könnte die Entscheidung dann nur je Gericht getroffen werden, weder bundes- noch ländereinheitlich. Selbst diese wäre indessen noch unzulässig, weil sie, wie vorstehend gezeigt, in die richterliche Unabhängigkeit der einzelnen Spruchkörper eingreifen würde. Letztlich kann daher nur ein Spruchkörper selbst die Software auswählen bzw. zumindest deren konkrete inhaltliche Konfiguration bestimmen, also über das „Ob" und das „Wie" des Softwareeinsatzes entscheiden.

5 Fazit und Ausblick

Das Fazit nach den vorstehenden Ausführungen ist ernüchternd: Deterministische Algorithmen sind schon strukturell nicht in der Lage, rechtliche Entscheidungen streitiger Sachverhalte selbständig anstelle von menschlichen Richtern zu treffen. Auch Systeme auf der Basis von Machine Learning können rechtsstaatlichen Maßstäben an richterliche Entscheidungen nicht genügen; sie stoßen an technische wie an verfassungsrechtliche Grenzen.

Der Einsatz rechtlicher Entscheidungssysteme in der Justiz ist damit aber nicht von vornherein ausgeschlossen. Allerdings dürfen derartige Systeme – das dürfte inzwischen weitgehend Konsens sein[49] – nur in unterstützender Weise eingesetzt

[48] *Bernzen*, RDi 2023, 133 Rn. 24.

[49] S. etwa *Engel*, JZ 2014, 1096 ff.; *Quarch/Hähnle*, NJOZ 2020, 1281 ff.; *Rollberg*, Algorithmen in der Justiz, 125 ff.; *Kahle*, LTZ 2022, 170, 172 f.; *Bernzen*, RDi 2023, 133 Rn 24 ff.

werden. Die inhaltliche Verantwortung für die getroffenen Entscheidungen muss – bei aller Vorbereitung durch Algorithmen – beim menschlichen Gericht verbleiben.

Selbst ein bloß unterstützender Einsatz von Algorithmen zur Vorbereitung rechtlicher Entscheidungen ist indessen nicht grenzenlos zulässig. Auch insoweit kann die richterliche Unabhängigkeit tangiert sein. Selbst wenn Richter frei sind, die Ergebnisse der unterstützenden Software zu übernehmen oder davon abzuweichen, ist es eine Frage der konkreten Ausgestaltung, ob damit ein Eingriff in die richterliche Unabhängigkeit verbunden ist. Bei der Beurteilung der Ausgestaltung ist insbesondere darauf zu achten, wie sich eine Abweichung des Richters von dem „Angebot" der Unterstützungssoftware konkret darstellt:[50] Erfordert die Abweichung einen erheblichen manuellen Mehraufwand, und wird dieser bei der richterlichen Kapazitätsberechnung nicht berücksichtigt, so kann das dazu führen, dass ein Richter mittelbar gezwungen wird, das automatische Ergebnis der Unterstützungssoftware in den meisten Fällen zu übernehmen, um sein Arbeitspensum überhaupt in vertretbarer Zeit bewältigen zu können. Der dadurch mittelbar entstehende Übernahmedruck kann gegen die sachliche richterliche Unabhängigkeit verstoßen.[51] Wird jedoch umgekehrt die Kapazitätsberechnung darauf ausgerichtet, dass die Richter gleichwohl jeden Fall manuell und ohne inhaltliche Unterstützungssoftware bearbeiten können, verfliegen die mit der Softwareeinführung verbundenen Hoffnungen auf eine Entlastung der Gerichte. Eine Lösung kann hier wohl nur darin liegen, dass die Unterstützungssoftware für jeden konkreten Richter personalisierbar ist, um dessen persönliche Rechtsauffassung abzubilden. Im Extrembeispiel: Wenn ein Richter am Landgericht sich entschließt, aus persönlicher rechtlicher Überzeugung eine bestimmte Rechtsfrage in Einzelrichtersachen stets entgegen der Rechtsprechung des BGH zu entscheiden, dann müsste die Unterstützungssoftware auch in der Lage sein, ihm entsprechende Entscheidungsvorschläge zu unterbreiten, die der höchstrichterlichen Rechtsprechung widersprechen.

Mein Plädoyer lautet daher, dass rechtliche Entscheidungen durch Algorithmen besser außerhalb von Gerichten stattfinden sollten, wo die vorstehend geschilderten rechtsstaatlichen und sonstigen verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht gelten. Teils erfolgt das bereits heute, nämlich im Rahmen der Streitschlichtungs-Algorithmen von PayPal, eBay, Amazon Marketplace & Co.[52] Diese Algorithmen erledigen eine sehr große Zahl von Streitfällen – die Rede ist von mehreren Millionen pro

---

[50] Zum Problem des sog. „Automation Bias" s. auch *Nink*, Justiz und Algorithmen, 295 ff.; *Bernzen*, RDi 2023, 133 Rn. 26 ff.

[51] *Enders*, JA 2018, 721, 723; *Starosta*, DÖV 2020, 216 ff.; *Rühl*, in: Kaulartz/Braegelmann, Rechtshandbuch Artificial Intelligence und Machine Learning, Kap. 14.1 Rn. 28 f.; zum Verhältnis zwischen Arbeitspensum und richterlicher Unabhängigkeit s. BGH (Dienstgericht des Bundes) NJW 2018, 158; NJW 2022, 3320; BVerfG NJW 2021, 3717.

[52] S. hierzu auch *Fries*, NJW 2016, 2860 ff.; *Quarch/Hähnle*, NJOZ 2020, 1281, 1282; *Rühl*, JZ 2020, 809, 811.

Jahr, also mehr als die gesamte deutsche Ziviljustiz – in hochgradig automatisierter Weise. Die entsprechenden Anbieter haben aufgrund ihres Plattformcharakters bereits Zugriff auf viele streitrelevante Daten vom Bestellverlauf über Zahlungsdaten bis zur Sendungsverfolgung und können daher ihre Entscheidung auf relativ gesicherter Sachverhaltsgrundlage treffen. Zudem sind die einschlägigen Fälle rechtlich typischerweise einfach gelagert. Dem Vernehmen nach genügt für einen erheblichen Teil der Fälle im Versandhandel die einfache Regel „Geld und Ware dürfen niemals in den gleichen Händen sein". Die Entscheidungen dieser Algorithmen sind rechtlich indessen nicht bindend, sondern unterliegen gegebenenfalls einer Korrektur durch die staatlichen Gerichte.[53]

Ein anderes mögliches Einsatzgebiet streitentscheidender Algorithmen ist die Verbraucherschlichtung nach dem VSBG.[54] Auch hier werden nach gegenwärtigem Stand keine rechtlich bindenden Entscheidungen getroffen, sondern gem. § 5 Abs. 2 VSBG lediglich (für Verbraucher) unverbindliche Schlichtungsvorschläge unterbreitet, deren Annahme dem freien Willen der Streitparteien unterliegt.[55] Diese Schlichtungsvorschläge unterliegen gemäß § 19 Abs. 1 S. 2 VSBG auch keiner strengen Rechtsbindung.[56] Ein Einsatz in diesem Feld wäre zudem mit dem Vorteil verbunden, dass diese Schlichtungsstellen typischerweise branchenspezifisch ausgerichtet sind und daher in der Regel nur wenige Typen von Fällen bearbeiten müssen. Zudem sind die Schlichtungsstellen nicht an eine gesetzliche Verfahrensordnung gebunden, sondern geben sich ihre eigene Verfahrensordnung jeweils privatautonom selbst (§ 5 Abs. 1 VSBG). Dies wirkt wie ein ideales Testfeld für Algorithmen zur rechtlichen Entscheidung, die dementsprechend auch zunächst an einzelnen Falltypen entwickelt werden können. Freilich steht auch hier gegenwärtig noch die Regelung des § 6 Abs. 1 und 2 VSBG entgegen, wonach Streitmittler nur eine natürliche Person sein kann, die die Befähigung zum Richteramt besitzt oder zertifizierter Mediator ist. Diese Regelung ist allerdings nicht verfassungsrechtlich vorgegeben, sondern könnte durch den einfachen Gesetzgeber geändert werden. Freilich wäre hierfür zunächst auf europäischer Ebene eine Änderung von Art. 6 Abs. 1 der ADR-Richtlinie 2013/11/EU erforderlich, die ebenfalls nur natürliche Personen als Streitmittler vorsieht.

Der ebenfalls gelegentlich zu hörende Vorschlag, ein automatisiertes Entscheidungsverfahren innerhalb der Justiz als „automatisiertes Bagatellverfahren" im Rahmen einer „nullten Instanz" vorzusehen,[57] dürfte allerdings de lege lata an Art. 92 GG scheitern, denn selbst die Tätigkeit einer „nullten Instanz" wäre inhalt-

[53] BGH NJW 2018, 537; MMR 2018 156 (jeweils zu PayPal).

[54] Hierzu auch *Deichsel*, VuR 2020, 283 ff.; *Deichsel*, Digitalisierung der Streitbeilegung, 311 ff.

[55] Freilich können sich die Unternehmen vorab den Schlichtungsvorschlägen unterwerfen.

[56] *Riehm*, JZ 2016, 866 ff.

[57] S. etwa *Fries*, RW 2018, 414, 422 ff.: „Automatische Vor-Urteile".

lich rechtsprechende Tätigkeit und daher (menschlichen) Richtern vorbehalten. Insoweit wäre zumindest eine Änderung des Grundgesetzes erforderlich; diese dürfte allerdings wohl nicht an Art. 79 Abs. 3 GG scheitern.[58]

[58] Ebenso *Bernzen*, RDi 2023, 133 Rn. 10 ff.

Tagungsbericht zum ersten Kolloquium „Robo Judge“

Thomas W. Thamm

Am 14.1.2022 fand das erste Kolloquium der „Göttinger Kolloquien zur Digitalisierung des Zivilverfahrensrechts“ im Wintersemester 2021/22 statt. Auf Einladung von Prof. Dr. *Philipp M. Reuß*, MJur (Oxford) und Richter am Amtsgericht *Benedikt Windau* trugen zunächst Prof. Dr. *Fabian Sinz* sowie Akad. Rat a. Z. Dr. *Valentin Gold*, beide Universität Göttingen, vor. Im Anschluss an den technischen Abschnitt eröffnete Prof. Dr. *Gerald Spindler*, ebenso von der Universität Göttingen, den juristischen Teil des Kolloquiums, welcher mit einem Vortrag von Prof. Dr. *Thomas Riehm*, Universität Passau, schloss. Darauf folgte eine interdisziplinäre Diskussion.

Bereits im Anschluss an den technischen Abschnitt merkte *Benjamin Glogauer*, Medizinphysiker an der Universität Heidelberg, kritisch an, dass maschinelle Systeme bei der juristischen Prüfung ausschlaggebende Details eines Sachverhalts aus technischen Gründen unberücksichtigt lassen könnten. *Sinz* erläuterte, dass er diese Sorge nicht vollends nehmen könne. Dies liege in sog. inductive bias begründet, mithin impliziten Annahmen, die jedes System, den Menschen eingeschlossen,

DOI: https://doi.org/10.17875/gup2023-2375

haben müsse, um tragfähig vorhersagen zu können. Es sei Aufgabe derzeitiger Forschung inductive bias in maschinelle Systeme zu injizieren. Darüber hinaus würden maschinelle Systeme im Wege der sog. data orientation trainiert: Diejenigen Inhalte, gegen die das maschinelle System robust sein solle, ließen sich bewusst in Daten einfügen. *Sinz* prognostizierte daher, dass ein maschinelles System auch hinreichend Details berücksichtigen könne, sofern es im Voraus detailliert mit der gesamten Argumentationsstruktur in Kontakt gekommen sei. Zu einem Zusammenbruch des Systems komme es nur, wenn sich das maschinelle System einem vollständig neuen Sachverhalt ausgesetzt sehe. Dazu stellte *Sinz* Bezug zum technologischen Fortschritt bei der maschinellen Erstellung (vermeintlicher) Fotografien her. Bislang sei dies wegen des vorherrschenden Detailreichtums eine große Herausforderung gewesen. Inzwischen könnten maschinelle Systeme jedoch auch natürlich wirkende Fotografien erstellen.

Spindler fragte, ob fehlerhafte Ergebnisse maschineller Systeme Folge mangelnden Trainings oder eher struktureller Natur seien. Beispielhaft führte er an, dass maschinellen Systemen der Vergleich von Bildern britischer Tumorerkrankungen mit denen niederländischer Tumorerkrankungen nicht möglich gewesen sei. *Sinz* erläuterte, dass der tatsächliche Auswurf trainierter maschineller Systeme nicht zwangsläufig die Erwartungen erfülle. Im Ergebnis müsse man die Systeme schlicht anlernen, auf diejenigen Dinge zu achten, die Menschen in den Blick nehmen würden. Dies sei herausfordernd, aber in absehbarer Zeit umsetzbar.

Riehm machte an dieser Stelle auf ein potentielles Missbrauchsrisiko aufmerksam. Die Parteien könnten ihre Schriftsätze im Zivilverfahren bewusst mit irrelevanten Sachverhaltsinformationen anreichern, um sich mittels des maschinellen Systems einen Vorteil zu erarbeiten. *Gold* stimmte dem von technischer Seite aus zu. Das maschinelle System könne nur das auswerfen, womit es trainiert worden sei. Dieses Missbrauchspotential lasse sich durch Berücksichtigung von Phonetik und Gestik möglicherweise reduzieren. *Reuß* pflichtete *Riehm* vor diesem Hintergrund bei. Er gab zu Bedenken, dass ein System stets anfällig für Manipulation sei, sobald dessen Funktionsweise bekannt sei. Damit ließe sich auch eine einvernehmliche Lösungsfindung im Zivilprozess torpedieren.

Sinz eröffnete die sich dem Vortrag von *Riehm* anschließende Diskussion. Er (*Sinz*) frage sich, worin der grundsätzliche Unterschied bei der Fehlerhaftigkeit maschineller Systeme im Vergleich zum Menschen liege. Sowohl der Mensch auf dem Weg vom Jurastudenten zum voll ausgebildeten Juristen als auch das maschinelle System seien abhängig von Trainingsdaten. Die Voreingenommenheit von Menschen lasse sich lediglich nicht bzw. nicht so einfach messen. Dem hielt *Spindler* entgegen, dass sich der Abhängigkeit von Trainingsdaten mit einer verfahrensrechtlichen Lösung begegnen ließe. Er bezweifle, dass maschinelle Systeme – im Gegensatz zum juristisch gebildeten und damit im systematischen Denken trainierten Menschen – Thesis und Antithesis tatsächlich zu einer Synthesis zusammenführen könnten. Dieser Malus ließe sich nur ausgleichen, sofern auf beiden prozessualen Seiten maschinelle Systeme stünden.

Riehm schlug vor, die Diskussion um die Zulässigkeit maschineller Systeme im Allgemeinen anhand dreier Ebenen zu differenzieren. Zunächst auf erster Ebene a) das Potential des maschinellen Systems im Vergleich zum Menschen („Können“), sodann b) die Zulässigkeit des Einsatzes maschineller Systeme, insbesondere mit Blick auf den verfassungsrechtlichen Rahmen („Dürfen“), sowie schließlich c) das subjektive Element der Gesellschaft maschinelle Systeme tatsächlich einzusetzen („Wollen“). Auf zweiter Ebene sehe er keinen verfassungskonformen Weg maschinelle Systeme als gerichtliche Entscheider an Stelle des Menschen einzusetzen. Möglichkeiten bestünden nur auf unterstützender Seite. Die Unterstützung erfahre dort ihre Grenze, wo menschliche Kapazitäten auf Grund der maschinellen Hilfestellung so weit reduziert würden, dass faktisch das maschinelle System den Menschen als Entscheider ablöse. Auf dritter Ebene sorge ihn das Potential maschineller Systeme. Diese könnten perspektivisch nicht nur vertretbare Ergebnisse, sondern vor allem juristisch methodenkonforme Begründungen formulieren. Der Einsatz eines solchen maschinellen Systems sei nach seiner Auffassung unzulässig. Bei dergestalt qualifizierten Systemen bestehe die Gefahr, dass das Entscheidungsergebnis rein zufällig zu Stande komme. Die Entscheidung sei dann jedoch rechtsmittelfest. Insbesondere bestehe auf subjektiver Seite im Rahmen der Beweiswürdigung keine Handhabe die Überzeugung des Entscheiders – des maschinellen Systems – anzugreifen. Dem pflichtete *Windau* bei. Der Einsatz solcher Systeme sei auch in entfernter denkbarer Zukunft unzulässig.

Janina Tecklenburg, Universität Göttingen, äußerte Zweifel, ob dem Einsatz maschineller Systeme Haftungsgesichtspunkte entgegenstünden. Der Rahmen von Amtshaftungsansprüchen sei wegen des Spruchrichterprivilegs eng gesteckt. In Betracht kämen dann Ansprüche gegen den Verwender oder Hersteller des maschinellen Systems. *Spindler* unterstrich, dass – nach Schaffung einfachgesetzlicher Regelungen – auch maschinelle Systeme vom Spruchrichterprivileg profitieren würden. *Riehm* fügte hinzu, dass zunächst ein Maßstab für fehlerhafte Entscheidungen maschineller Systeme entwickelt werden müsse, was sich als besonders herausfordernd darstelle. Fehlerhafte Entscheidungen ließen sich schließlich auch bei menschengemachten Entscheidungen nur schwerlich feststellen. Ein Lösungsansatz für die Haftungsproblematik liege in der Expertenhaftung für Datenbanken, so *Spindler*. Auf deren Daten stütze sich schließlich das maschinelle System.

Prof. Dr. *Meik Thöne*, MJur (Oxford), Universität Potsdam, betonte daraufhin das Spannungsfeld verfassungsrechtlicher Maximen (rechtliches Gehör, gesetzlicher Richter) und wirtschaftlicher Absichten, insbesondere im Bereich von Massenverfahren. Bereits jetzt ließe sich dieser Konflikt durch Gerichtsstandvereinbarungen oder Schiedsverfahren entschärfen. Daher schlage er mit Blick auf § 1051 Abs. 3 ZPO auch hier Entscheidungen nach Billigkeit vor. *Riehm* stimmte dem insoweit zu, als in der Rechtspraxis ohnehin bereits maschinelle Systeme zum Einsatz kämen. In Vorbereitung gütlicher Streitbeilegung nutzten Unternehmen softwaregestützte Prognoseinstrumente. Daher ließe sich gerade in der Schiedsgerichtsbarkeit der Einsatz maschineller Systeme als Entscheider gut erproben.

Rechtsanwalt *Peter Bert*, Taylor Wessing, gab zu bedenken, dass bislang ein idealisierter Maßstab an menschliche Entscheider angelegt werde. Sowohl maschinelle Systeme als auch menschliche Entscheider seien nicht unvoreingenommen. Da Letztere für Dritte ebenso eine Unbekannte darstellten wie maschinelle Systeme, sei eine diesbezügliche Benachteiligung ausgeschlossen. *Riehm* gab zu bedenken, dass dies vom Einsatzszenario maschineller Systeme abhänge. Ziel sei deren Einsatz, gleichwohl nicht als letztinstanzliche Entscheider. Dabei müsse in unteren Instanzen der richtige Anfechtungsmaßstab gefunden werden. Sofern die Hürden für die Anfechtbarkeit zu gering seien, ergebe sich kein Mehrwert. Im konträren Fall entscheide das maschinelle System faktisch allerdings doch letztinstanzlich.

Yannek Noah Wloch, Bucerius Law School, hob im Anschluss die Möglichkeit hervor, maschinelle Systeme so zu programmieren, dass sie wie menschliche Entscheider Recht tatsächlich anwendeten. Dazu habe es in der Forschung bereits vielversprechende Ansätze gegeben. *Spindler* merkte an, dass auch bei einer solchen technischen Ausgestaltung Systeme nur im eigenen Rahmen Entscheidungen treffen könnten. Daher müsse das maschinelle System dem Menschen in Sachverhalten jenseits dieses Rahmens, mithin sobald Rechtsfortbildung erforderlich sei, die Prüfung überlassen, so *Wloch*. *Spindler* äußerte indes Zweifel, ob maschinelle Systeme überhaupt die Fähigkeiten besitzen könnten, zu erkennen, wann Rechtsfortbildung erforderlich sei. *Gold* erläuterte, dass maschinelle Systeme aus technischer Sicht dafür Anhaltspunkte liefern könnten. So sei das System in der Lage darzulegen, dass jedes einer Vielzahl potentieller Entscheidungsergebnisse äußerst unwahrscheinlich oder äußerst wahrscheinlich sei. *Riehm* merkte an, dass maschinelle Systeme bei neuen Sachverhaltselementen jedoch unter Umständen überhaupt nicht fähig seien, potentielle Relevanz für die Lösung des Sachverhalts zu erkennen. Da zwischen maschinellen und menschlichen Systemen keine prinzipiellen Unterschiede bestünden, gehe er jedoch davon aus, dass auch dies langfristig möglich sei, so *Gold*.

Auf dieser Grundlage äußerte *Riehm*, dass maschinelle Systeme langfristig auch zur Rechtsfortbildung fähig seien. Ein potentielles frühes Einsatzfeld für maschinelle Systeme stelle die Verbraucherschlichtung dar. *Wloch* ergänzte, dass maschinelle Systeme zur Einsparung von Mehrarbeit auch grenzüberschreitend in der Vorstrukturierung von Sachverhalten gewinnbringend eingesetzt werden könnten.

Mit Blick auf den Gewaltenteilungsgrundsatz sensibilisierte *Reuß* schließlich für rechtsstaatliche Probleme bei der Zertifizierung maschineller Systeme. Um Gerichte zu unterstützen, sei deren Einsatz insbesondere im Bereich des komplexen und unregelmäßig angewandten Internationalen Privat- und Verfahrensrechts denkbar.

Reuß bedankte sich bei allen Teilnehmerinnen und Teilnehmern für die angeregte Diskussion und schloss mit Kurt Tucholsky (1932):

> *„Der Erfinder Gustav Papenstrumpf aus Niederschöneweide hat einen Apparat erfunden, der die gesamte Tätigkeit des IV. Reichsgerichtssenats automatisch verrichtet. Von seiner Einführung ist jedoch abgesehen worden; der IV. Senat macht das genau so gut wie ein Automat.“*

Zweites Kolloquium zum Thema „Digitalisierung bei Massenverfahren“

https://youtu.be/4ccYTrZVwAE

Möglichkeiten und Grenzen der Digitalisierung bei Massenverfahren

Prof. Dr. Caroline Meller-Hannich

1 Einleitung

Massenverfahren stellen die Justiz seit einigen Jahren vor Herausforderungen. Eine Vielzahl von Verfahren gegen Automobilhersteller im Diesel-Skandal, gegen Flugunternehmen wegen Flugverspätungen oder gegen Partnervermittlungen wegen überlanger Vermittlungsverträge führen zu einer Überlastung einzelner Gerichte oder zumindest Spruchkörper.[1] Welche nicht einfachen Aufgaben Massenverfahren für die Wissenschaft und Praxis in prozessualer wie materiell-rechtlicher Hinsicht bieten, wird deutlich, wenn wir sie in den Kontext der Digitalisierung einerseits, der

[1] S. etwa *Rebehn*, DRiZ 2020, 82; „Brandbrief aus Augsburg", FAZ v. 18.11.2021; „Richter schlagen Alarm: Wie Diesel-Klagen die Augsburger Justiz lahmlegen", Augsburger Allgemeine v. 7.12.2021; „Massenklagen werden zum Problem", LTO v. 13.8.2021; *Petrasincu/Unseld*, NJW 2022, 1200, 1202 sehen dagegen auch eine entlastende Wirkung von Massenverfahren.

DOI: https://doi.org/10.17875/gup2023-2376

aktuellen Entwicklungen der Prozessrechtspraxis andererseits stellen. So ist seit mehr als 20 Jahren ein deutlicher Rückgang der Klageeingangszahlen bei den Zivilgerichten zu vermerken. Die Eingangszahlen bei den Amtsgerichten sind in diesem Zeitraum um ca. 40%[2], bei den Landgerichten um ca. 12%[3] zurückgegangen. Eine umfassende Erklärung dafür gibt es bislang nicht.[4] Nahezu zeitgleich hat der Anstieg an Massenklagen stattgefunden. Während also die Zahl der Individualklagen kontinuierlich sinkt, nehmen die Massenverfahren deutlich zu[5], und treffen dabei ein Gericht oder einen Spruchkörper als Klagewellen in der Regel unvorbereitet. Das liegt zum Teil daran, dass bestimmte Schadensereignisse, wie Produktmängel, Kartellverstöße oder Vertragsklauseln immer häufiger eine Vielzahl von Personen betreffen. Zum anderen ermöglicht die Digitalisierung ein immer besseres *matching* einzelner Personen im Internet, wofür bestimmte Rechtsdienstleistungsangebote eine geeignete Plattform bieten. Rechtssuchende sind deutlich schneller darüber informiert, was sie für Klagemöglichkeiten haben und wo sie ihre möglicherweise nur geringwertigen Ansprüche relativ komfortabel durchsetzen können. Die dabei durch die Rechtsdienstleister betriebenen Aktivitäten werden sogar als *legal fracking* bezeichnet.[6] Allein in den Jahren 2020 und 2021 nahm der Gesetzgeber vor diesem Hintergrund Änderungen im Kostenrecht, im anwaltlichen Berufsrecht, im Inkassorecht und im anwaltlichen Vergütungsrecht vor.[7] Auch im vorprozessualen Bereich nutzen Unternehmen im Übrigen die Digitalisierung für ihr internes Beschwerdemanagement, was freilich eher einen Anteil an den Ursachen für den Rückgang der Klageeingänge haben dürfte. Insgesamt hat schließlich auch das Verfahren vor den staatlichen Gerichten einen Digitalisierungsschub erhalten und ist derzeit Gegenstand zahlreicher entsprechender rechtspolitischer Entwicklungen und Diskussionen. So befasste sich eine Arbeitsgruppe aus der Richterschaft (näher unter 4.) mit der Modernisierung des Zivilprozesses[8], und die Herbstkonferenz der

[2] Von 1.452.245 Verfahren im Jahr 2000 auf 753.926 Verfahren im Jahr 2021, s. Destatis, Fachserie 10 Reihe 2 2000 und Fachserie 10 Reihe 2.1 2021.
[3] Von 415.036 Verfahren im Jahr 2000 auf 330.219 Verfahren im Jahr 2021, s. Destatis, Fachserie 10 Reihe 2 2000 und Fachserie 10 Reihe 2.1 2021; nach dem Tiefpunkt im Jahr 2017 mit 307.718 Verfahren war zwischenzeitlich ein kräftiger Anstieg durch die „Diesel-Fälle" zu beobachten.
[4] S. aber das aktuelle Forschungsvorhaben zum Rückgang zivilgerichtlicher Verfahren, https://www.bmj.de/DE/Ministerium/ForschungUndWissenschaft/Zivilgerichtliche_Verfahren/Forschungsvorhaben_zivilgerichtliche_Verfahren.html?nn=7551380 <Stand: 6.9.2022>.
[5] S. dazu auch *Gsell/Meller-Hannich*, JZ 2022, 421.
[6] S. dazu *Fries*, AcP 221 (2021), 108, 110 f.
[7] Kostenrechtsänderungsgesetz 2021 v. 21.12.2020, BGBl. 2020 I S. 3229; Gesetz zur Förderung verbrauchergerechter Angebote im Rechtsdienstleistungsmarkt v. 10.8.2021, BGBl. 2021 I S. 3415; Gesetz zur Verbesserung des Verbraucherschutzes im Inkassorecht v. 22.12.2020, BGBl. 2020 I, S. 3320; Gesetz zur Neuregelung des Berufsrechts der anwaltlichen und steuerberatenden Berufsausübungsgesellschaften v. 7.7.2021, BGBl. 2021 I, S. 2363.
[8] *Arbeitsgruppe „Modernisierung des Zivilprozesses"*, Modernisierung des Zivilprozesses Diskussionspapier.

Justizministerinnen und Justizminister 2021 befasste sich mit der Digitalisierung des Zivilverfahrens und dem Umgang mit Massenverfahren.[9]

Schließlich ist im Kontext der Massenverfahren zu erwähnen, dass es gesetzgeberische Entwicklungen im Bereich des kollektiven Rechtsschutzes gibt, etwa mit der Einführung der Musterfeststellungsklage (§§ 606 ff. ZPO) oder der geplanten Umsetzung der Verbandsklagen-RL.[10] Dabei ist bemerkenswert, dass diese Instrumente bislang nicht in der Lage waren, das Phänomen der Massenklagen aufzugreifen und in geordnete Bahnen zu lenken. In den Prozessen zum Diesel-Skandal spielten und spielen neben der Musterfeststellungsklage des Verbraucherzentrale Bundesverbands e.V. (vzbv) gegen die Volkswagen AG[11] die Legal Tech-Sammelklagen eine große Rolle.

In diese Entwicklungen ordnet sich die Frage nach den Möglichkeiten und Grenzen der Digitalisierung bei Massenverfahren ein. Dieser Beitrag befasst sich zunächst mit den Legal Tech-Sammelklagen (2.) und den mit ihnen zusammenhängenden rechtlichen Fragen, anschließend mit den aktuellen Entwicklungen im kollektiven Rechtsschutz (3.) und beleuchtet schließlich die Digitalisierung des Zivilprozesses als eine wichtige Option zur Bewältigung von Massenverfahren (4.).

2 Legal Tech-Sammelklagen

2.1 Legal Tech-Inkasso als Geschäftsmodell

Das Geschäftsmodell der Legal Tech-Sammelklagen funktioniert auf Basis einer fiduziarischen Abtretung an ein Inkassounternehmen, welches anschließend im eigenen Namen tätig wird, wobei der Forderungsinhaber weiterhin das Risiko der Forderungsdurchsetzung trägt.[12] Die Erfolgsaussichten der Ansprüche kann das Inkassounternehmen relativ einfach diagnostizieren, da sich die angebotenen Legal Tech-Sammelklagen meist auf gleichartige Ansprüche konzentrieren. Als Beispiele lassen sich Schadenersatzklagen nach dem Diesel-Abgas-Skandal oder die Durchsetzung von Fluggastrechten nennen.[13] Da die Betroffenen in gleichartiger Weise

[9] Beschlüsse zu TOP I.1, TOP I.11, TOP I.21,https://www.justiz.nrw.de/JM/jumiko/beschluesse/2021/Herbstkonferenz_2021/index.php <Stand: 6.9.2022>.

[10] RL (EU) 2020/1828.

[11] OLG Braunschweig, 4 MK 1/18, s. auch https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/Klageregister/Klagen/201802/KlagRE_2_2018_node.html <Stand: 6.9.2022>.

[12] S. zum Geschäftsmodell *Römermann/Günther*, NJW 2019, 551; *Henssler*, NJW 2019, 545; *Engler*, Die Bedeutung der unechten Legal Tech-Sammelklage für den kollektiven Rechtsschutz, S. 111 ff.

[13] S. beispielhaft die angebotenen Tätigkeiten auf www.myright.de, www.conny.de, www.carteldamageclaims.com<Stand: 6.9.2022>; ausführlich dazu *Timmermann*, Legal Tech-Anwendungen, S. 162 ff.

geschädigt werden, ist dem Legal Tech-Anbieter eine Vorsortierung möglich, mithilfe derer sich schnell feststellen lässt, ob eine Person potenziell betroffen ist oder nicht. Vielfach werden dabei einfache oder auch komplexere Algorithmen eingesetzt, die die Prüfung nahezu vollständig automatisiert ablaufen lassen. Die entsprechenden Unternehmen suchen regelmäßig nach neuen Geschäftsfeldern „konfektionierbarer“ Ansprüche, so dass inzwischen von der Mietminderung über die Kündigung von Partnerschaftsvermittlungsverträgen bis hin zur Geltendmachung von Kartellschadensersatz viele Bereiche des privaten und gewerblichen Geschäftsverkehrs erfasst sind.[14] Für die Betroffenen ist das Angebot attraktiv, weil ihnen das Prozessrisiko und die Mühen der individuellen Klage abgenommen werden – die Inkassounternehmen finanzieren den Prozess und arbeiten dabei mit professionellen Prozessfinanzierern zusammen; nur im Erfolgsfall müssen die Forderungsinhaber eine *quota litis*, einen Anteil an der eingeklagten Schadenssumme (in der Regel 20-30%), an das Inkassounternehmen zahlen. Da nicht nur das Kostenrisiko entfällt, sondern die Betroffenen auch nicht in den Prozess involviert werden und über einfache Eingaben in eine digitalisierte Maske hinaus nicht weiter tätig werden müssen, ist dies ein komfortables und recht einfach zugängliches Angebot zur effektiven Rechtsdurchsetzung.[15]

2.2 Rechtliche Bewertung

Das beschriebene Geschäftsmodell hat in den letzten Jahren eine Reihe intensiver dogmatischer und rechtspolitischer Diskussionen hervorgebracht.[16] So stellt sich bereits die Frage, ob es sich bei der Aktivität der Legal Tech-Anbieter um eine zulässige Rechtdienstleistung handelt. Für nichtanwaltliche Rechtsdienstleister sieht das RDG nämlich nur eine begrenzte Anzahl von Fällen vor, in welchen sie Rechtsdienstleistungen erbringen dürfen. Ob die Legal Tech-Sammelklage dazu zählt, hatte mehrfach auch der BGH zu entscheiden und dies im AirDeal-Urteil grundsätzlich abschließend bejaht.[17] Das am 1.10.2021 in Kraft getretene Gesetz zur Förderung verbrauchergerechter Angebote im Rechtsdienstleistungsmarkt hat zudem eine deklaratorische Klarstellung in § 2 Abs. 2 S. 1 RDG eingeführt, dass eine auf

---

[14] Vgl. *Fries*, AcP 221 (2021), 108, 110 ff.; *Stadler*, RDi 2021, 513.

[15] *Engler*, AnwBl Online 2021, 253, 255; *Meller-Hannich*, NZM 2022, 353, 358 f.; *Greger*, MDR 2018, 897, spricht – allerdings mit kritischem Unterton – vom „Rundum-sorglos-Modell“.

[16] S. die Überblicke bei *Tolksdorf*, ZIP 2019, 1401 und *Prütting*, ZIP 2020, 1434; umfassend zur rechtlichen Bewertung *Engler*, Die Bedeutung der unechten Legal Tech-Sammelklage für den kollektiven Rechtsschutz, S. 121 ff.

[17] BGH, Urteil v. 13.7.2021 – I ZR 84/20 = NJW 2021, 3046; zustimmend u. a. *Tolksdorf*, ZIP 2019, 1401; *Römermann/Günther*, NJW 2019, 551; *Stadler*, RDi 2021, 513; *Petrasincu/Unseld*, NJW 2022, 1200, 1202 ff.; kritisch *Greger*, MDR 2018, 897, 899; *Henssler*, NJW 2019, 545, 546 ff.; *Prütting*, ZIP 2020, 1434; 1438 ff.; *ders.*, in: FS Schack, S. 1099 sowie weite Teile der instanzgerichtlichen Rechtsprechung, etwa LG München, Urteil v. 7.2.2020 – 37 O 18934/17 = NZKart 2020, 145.

die Einziehung der Forderung bezogene rechtliche Prüfung und Beratung Bestandteil der Inkassodienstleistung und somit von der Inkassogenehmigung gedeckt ist. Für Anwälte wiederum gelten die strengen berufsrechtlichen Regelungen der BRAO, die etwa einschränken, in welcher Art und Weise sie werben (§ 43b BRAO) oder Erfolgshonorare vereinbaren dürfen (§ 49b Abs. 2 BRAO). Gerade die Verbindung aus Inkassotätigkeit, Erfolgshonorar, Prozessfinanzierung und Klage bereitet im Rechtsdienstleistungsrecht insofern Schwierigkeiten. Nicht zuletzt ist fraglich, ob es sich noch um einen fairen Wettbewerb zwischen Anwälten und Rechtdienstleistern handelt.[18]

Die Tendenz in der Rechtsprechung und Gesetzgebung geht inzwischen dahin, Legal Tech-Sammelklagen durch Inkassounternehmen als zulässiges Geschäftsmodell einzuordnen, und zwar selbst in den Fällen, in denen schon von vornherein geplant ist, nicht bloß eine außergerichtliche Forderungseinziehung (Inkasso im „klassischen" Sinne) zu betreiben, sondern die Forderung gerichtlich einzuklagen. Die jüngere Rechtsprechung sieht den Anwalt nicht als geschützten Konkurrenten des Inkassodienstleisters und betont, dass anwaltliches Berufsrecht und Rechtsdienstleistungsrecht dazu da seien, den Rechtssuchenden zu schützen.[19] Dass im Prozess ohnehin ein Anwalt eingeschaltet werden muss, sieht der BGH inzwischen als ausreichenden Schutz vor möglicherweise problematischen Inkassounternehmen.[20] Hatte der BGH etwas zögerlich in der LexFox I-Entscheidung das damalige Geschäftsmodell von wenigermiete.de als *„(noch) als (zulässige) Inkassodienstleistung gem. § 2 Abs. 2 S. 1 RDG anzusehen und deshalb von der nach § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 RDG bestehenden Befugnis […] noch gedeckt"*[21] eingeordnet, positionierte er sich in der erwähnten AirDeal-Entscheidung deutlich zugunsten einer großzügigen Handhabung.[22] Nichtsdestotrotz finden sich weiterhin zahlreiche Instanzgerichte,[23] die in der Legal Tech-Sammelklage einen Verstoß gegen § 2 und § 4 RDG sehen. Mit Blick auf § 4 RDG hat der Gesetzgeber bereits teilweise reagiert und klargestellt, dass nicht bereits aus den Berichtspflichten des Inkassounternehmens gegenüber einem externen Prozessfinanzierer ein Interessenkonflikt folgt. Dies lässt sich durchaus als Zeichen in Richtung der generellen Zulässigkeit der Prozessfinanzierung interpretieren[24].

---

[18] S. dazu *Fries*, AcP 221 (2021), 108, 128 f.; *Hellwig/Ewer*, NJW 2020, 1783, 1784; *Freitag/Lang*, ZIP 2020, 1201, 1203 ff.; *Henssler*, NJW 2019, 545, 547; *Greger*, MDR 2018, 897, 899.

[19] BGH (Fn. 17), Rn. 40 ff.; ebenso Deckenbrock/Henssler/*Deckenbrock*, § 1 RDG, Rn. 13; Krenzler/*Remmertz*, § 1 RDG, Rn. 66.

[20] BGH (Fn. 17), Rn. 26 ff.

[21] BGH, Urteil v. 27.11.2019 – VIII ZR 285/18 = NJW 2020, 208, 219; grds. zustimmend aber kritisch zum Vorgehen des BGH *Tolksdorf*, ZIP 2021, 2049, 2055 ff.; ausf. auch *Freitag/Lang*, ZIP 2020, 1201.

[22] Ebenso *Engler*, AnwBl Online 2021, 253, 256 f.; *Petrasincu/Unseld*, NJW 2022, 1200, 1202 ff.

[23] OLG Schleswig, Urteil v. 11.1.2022 – 7 U 130/21 = BeckRS 2022, 385; LG Stuttgart, Urteil v. 20.1.2022 – 30 O 176/19 = NZKart 2022, 222.

[24] S. auch *Meller-Hannich*, NZM 2022, 353.

2.3 Legislative Signale zu Kosten und Erfolgshonoraren

Im Bereich der Inkassodienstleistungen hat der Gesetzgeber auch hinsichtlich der Kostenfragen mit Einführung der §§ 13b, 13c RDG reagiert und greift zudem mit § 13a RDG auf das aus dem Verbraucherschutz wohlbekannte Instrument verstärkter Informationspflichten zurück.[25]

Bei den Erfolgshonoraren vollzog der Gesetzgeber ebenfalls eine beachtliche Wende. Anstelle des grundsätzlichen Verbots von Erfolgshonoraren mit einer Zulässigkeit im Einzelfall, wenn der Mandant ansonsten von der Rechtsverfolgung abgehalten würde, tritt nun zumindest im Bereich von Forderungen bis 2.000€ von Verbrauchern die generelle Möglichkeit, gem. § 49b Abs. 2 und 3 BRAO, § 4a Abs. 1 S. 1 RVG Erfolgshonorare zu vereinbaren.[26] Die Öffnung in diesem Bereich hängt maßgeblich damit zusammen, dass die geringwertigen Forderungen ansonsten im Zweifel überhaupt nicht durchgesetzt würden.[27] Dabei ist freilich die Wertgrenze von 2.000€ relativ schnell erreicht und der gesamte b2b-Bereich bleibt von Erfolgshonoraren ausgeschlossen.[28] Die in der Praxis durchaus relevanten Kartellschadensfälle innerhalb der Lieferkette sind somit von der Neuregelung oft nicht erfasst.

3 Digitalisierung im kollektiven Rechtsschutz

Sammelklagen durch Inkassounternehmen wären ohne weitgehende Digitalisierung der Vorprüfung und Bündelung der Ansprüche nahezu unmöglich. Zugleich wird durch diesen Einsatz von Legal Tech ein deutliches Defizit im gesetzlich geregelten Rechtsschutz für Massenverfahren erkennbar, welches die privat organisierten Bündelungsmodelle mit Hilfe der Digitalisierung genutzt haben. Insofern stellt sich die Frage, wie die gesetzlich vorgesehenen Mechanismen des kollektiven Rechtsschutzes die Digitalisierung nutzen und nutzen könnten, um mit Massenverfahren umzugehen.

[25] BGBl. 2021, I, S. 3415, s. bereits Fn. 11; positiv dazu *Petrasincu/Unseld*, NJW 2022, 1200, 1204; kritisch *Lemke*, RDi 2021, 224.
[26] Dazu *Fries*, NJW 2021, 2537, 2539.
[27] BT-Drs. 19/27673, 34; grundlegend zu verfassungsrechtlich gebotenen Ausnahmen vom Verbot des Erfolgshonorars bei ansonsten aussichtsloser Rechtsverfolgung BVerfG Beschluss v. 12.12.2006 – 1 BvR 2576/04 = BVerfGE 117, 163 Rn. 97 ff.
[28] Ebenso *Römermann*, RDi 2021, 217, 218.

3.1 Musterfeststellungsklagen

Ein Blick auf die Musterfeststellungsklage fällt ernüchternd aus: Die Führung des Klageregisters beim Bundesamt für Justiz[29] erfolgt nach wie vor händisch. Es gibt keine automatisierte Prüfung der Berechtigung zur Anmeldung, was dazu führt, dass bis zum folgenden Individualverfahren Unklarheit über die Vorgreiflichkeit des Musterfeststellungsurteils besteht. Es wird viel Zeit auf förmliche Arbeitsschritte verwendet, die sich bei einer elektronischen Registerführung einsparen und für eine inhaltliche Prüfung nutzen ließe. Dennoch hat das Register in den ersten anderthalb Jahren immerhin über 2,8 Millionen € gekostet, wie sich aus der Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen ergibt.[30] Das händisch geführte Register ist damit sehr teuer, aufwendig und ineffizient. Auch ansonsten erfüllt die Musterfeststellungsklage nicht die mit ihr verbundenen Erwartungen. Statt der im Gesetzgebungsverfahren erwarteten 450 jährlichen Verfahren[31] gab es bisher 29 Musterfeststellungsklagen – nicht jährlich, sondern in den vier Jahren seit der Einführung des Verfahrens.[32] Ein zunächst stattgebendes Musterfeststellungsurteil des OLG München[33] im Bereich des Mietrechts hob der BGH auf und wies die Klage ab.[34] Der VW-Prozess vor dem OLG Braunschweig endete bekanntermaßen mit einem außergerichtlichen Vergleich und der Rücknahme der Musterfeststellungsklage.[35] Weitere aktuelle Verfahren befassen sich mit Klagen von Verbraucherzentralen[36] betreffend die AGB von Sparkassen, in denen der BGH inzwischen einige Urteile bestätigte,[37] und mit Partnerschaftsvermittlungsverträgen.[38]

Neben der fehlenden digitalen Handhabung des Registers weist die Musterfeststellungsklage ein weiteres erhebliches Problem in ihrer Konzeption auf.[39] Wer sich zu einem Musterfeststellungsverfahren anmeldet, muss im Grunde schon mit der Anmeldung verbindlich entscheiden, ob er sich an das Musterurteil binden will.

---

[29] Vgl. § 609 Abs. 1, Abs. 7 ZPO i.V.m. § 1 Abs. 1 MFKRegV.
[30] BT-Drs. 19/21365, S. 3 f.
[31] BT-Drs. 19/2439, S. 3.
[32] Https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/Klageregister/Bekanntmachungen/Klagen_node.html <Stand: 6.9.2022>.
[33] OLG München, Urteil v. 29.10.2019 – MK 1/19 = NZM 2019, 933.
[34] BGH, Urteil v. 18.3.2021 – VIII ZR 305/19 = BGHZ 229, 139.
[35] S. Bekanntmachung des OLG Braunschweig vom 13.5.2020 unter https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/Klageregister/Klagen/201802/Verfahren/Verfahrensstand.html?nn=11994364#doc11743832bodyText17 <Stand: 6.9.2022>; positiv dazu *Gurkmann/Jahn*, VuR 2020, 243; kritisch *Stadler*, VuR 2020, 163.
[36] S. zum Überblick *vzbv*, Jahresbericht 2021, S. 66 f.
[37] Z. B. BGH, Urteil v. 6.10.2021 – XI ZR 234/20 = NJW 2022, 311; BGH, Urteil v. 24.11.2021 – XI ZR 461/20 = BeckRS 2021, 42991.
[38] Vor dem Hanseatischen OLG unter dem Az. 3 MK 2/21.
[39] Kritisch zur Musterfeststellungsklage bereits *Meller-Hannich*, Gutachten A zum 72. DJT, A 48 ff.

Man kann die Anmeldung zwar bis zum Ende des ersten Tages der mündlichen Verhandlung zurücknehmen (§ 608 Abs. 3 ZPO), hat aber keine Möglichkeit, auf das Verfahren Einfluss zu nehmen. Da die Verjährungshemmung nach § 204 Abs. 1 Nr. 1a BGB von der Anmeldung zum Musterverfahren abhängt, bleibt der Person, die den Verfahrensausgang abwarten will, im Grunde keine andere Chance, als sich zum Verfahren anzumelden – ansonsten droht die Verjährung ihrer Ansprüche.[40] Die Betroffenen müssen somit mit der Anmeldung zu einem weitgehend aussagelosen Register in Kauf nehmen, an ein nicht zufriedenstellendes Urteil gebunden zu werden, und sprichwörtlich „die Katze im Sack" kaufen. Die Musterfeststellungsklage kann auch nicht zu einer direkten Verurteilung zur Zahlung führen, sondern fordert von den Angemeldeten, nach dem Verfahren noch einmal selbst aktiv zu werden und auf Basis des Musterfeststellungsurteils zu klagen. Dies alles hat im Diesel-Skandal dazu geführt, dass parallel zum Musterfeststellungsverfahren gegen die Volkswagen AG hunderttausende Einzelklagen die deutschen Gerichte blockierten. Die Folge der Defizite der Musterfeststellungsklage war sogar, dass viele Anbieter von Legal Tech-Sammelklagen unzufriedene Angemeldete abwerben konnten, die die Musterfeststellungsklage dann nur zum verjährungshemmenden „Parken" des Anspruchs genutzt haben.[41] Das Phänomen der Massenklagen, das Anlass für diesen Beitrag ist, ist also unter anderem dadurch generiert worden, dass die Musterfeststellungsklage nicht besonders attraktiv erscheint und die Potentiale der Digitalisierung nicht zu Nutzen in der Lage waren.

3.2 Ausblick auf die Verbandsklage

Die europäische Verbandsklagen-RL war bis zum Weihnachtstag 2022 umzusetzen.[42] Seit Februar 2023 liegt immerhin ein Referentenentwurf aus dem BMJ vor.[43] Anzuwenden sind die neuen Vorschriften ab dem 25. Juni 2023. Die Besonderheit der neuen Verbandsklage besteht darin, dass erstmals auf europäischer Ebene ein Instrument geschaffen wird, das eine Klage auf Abhilfe in Form von Schadenersatz, Reparatur, Ersatzleistung oder Erstattung[44] vorsieht. Als Formen der Abhilfe wer-

[40] S. dazu BeckOGK/*Meller-Hannich*, § 204 BGB, Rn. 113 ff.

[41] Zur Zulässigkeit dieses Vorgehens BGH, Urteil v. 29.7.2021 – VI ZR 1118/20 = NJW 2021, 3250; *Meller-Hannich*, LMK 2022, 800844; BeckOGK/*Meller-Hannich*, § 204 BGB, Rn. 114.1; a.A. etwa OLG, München, Hinweisbeschluss v. 5.2.2020 – 3 U 7392/19 = BeckRS 2020, 3136; *Prütting*, ZIP 2020, 197, 202.

[42] Nachdem die Entwicklung eines gemeinsamen europäischen Instruments des kollektiven Rechtsschutzes über lange Zeit intensiv diskutiert wurde, lässt sich vermuten, dass das Datum der Verabschiedung am 25.12.2020 als „Weihnachtsfreude" durchaus bewusst gewählt war; zur Entstehungsgeschichte *Rentsch*, EuZW 2021, 524, 525 ff.

[43] Dazu *Meller-Hannich*, DB 2023.

[44] ErwGr 37 Verbandsklagen-RL.

den etwa Schadenersatz, Reparatur, Vertragsauflösung oder Kostenerstattung ausdrücklich genannt.[45] Das ist eine bedeutende Entwicklung, da der Verband einen Anspruch der Betroffenen auf Leistung nun auch direkt geltend machen kann.

Die Klagemöglichkeit orientiert sich gewissermaßen an der Unterlassungsklagen-RL,[46] welche gleichzeitig durch die Verbandsklagen-RL abgelöst wird, wenngleich zu erwarten ist, dass das UKlaG als zusätzliche Option für die Verbände bestehen bleibt. Im Vergleich zu Unterlassungsklagen nach dem UKlaG, UWG und GWB wird allerdings deutlich, welches Problem die Umsetzung der Verbandsklagen-RL mit sich bringt. Der große Vorteil der Verbands-Unterlassungsklagen besteht darin, massenhaft vorkommende Problemstellungen etwa im Verbraucher-, Lauterkeits- oder Kartellrecht in eine Zwei-Parteien-Struktur zwischen Verband und Beklagtem zu fügen. Wenn es aber konkret um Abhilfeansprüche von Verbrauchern geht, stellt sich die Frage, wie sich die Betroffenen in dieses Verfahren integrieren lassen, ohne die Effizienz der Zwei-Parteien-Struktur aufzugeben. Gerade hier könnte die Digitalisierung zum Einsatz kommen. Denkbar ist ein Opt-In-System, bei dem sich jeder Betroffene zu einem elektronisch geführten und digital verwalteten Register anmeldet, oder ein Opt-Out-System, bei dem die Gruppenzugehörigkeit ausreicht, und die Digitalisierung vor allem zur Information über den Verfahrensstand und die Verwaltung des Verfahrens genutzt werden könnte. Am wirksamsten ist wohl eine weitgehend mandatslose Verbandsklage, bei der die Betroffenen erst nach einem Urteil in einem digital gesteuerten Vollzugsverfahren involviert werden.[47] Von der Entscheidung dieser Frage wird abhängen, ob bei größeren Schadensereignissen die angestrebte Gesamtschadenserledigung gelingen kann und ob es für den Einzelnen interessant wird, das Ergebnis des Kollektivverfahrens abzuwarten und auf eine Parallelklage zumindest zeitweilig zu verzichten.[48] Wählt der Gesetzgeber hier eine Minimalumsetzung, wird das Problem der Massenklagen weiterhin bestehen. Mit der Umsetzungsentscheidung entscheidet sich die Schlagkraft des Kollektivverfahrens.

4 Aktuelle rechtspolitische Diskussionen

Aktuelle rechtspolitische Diskussionen stehen insbesondere vor dem Hintergrund eines Diskussionspapiers der „Arbeitsgruppe der Präsidentinnen und Präsidenten der Oberlandesgerichte, des Kammergerichts, des Bayerischen Obersten Landesgerichts und des Bundesgerichtshofs".

---

[45] Art. 9 Abs. 1 Verbandsklagen-RL.
[46] *Gsell*, BKR 2021, 521, 523.
[47] Dafür *Gsell/Meller-Hannich*, Die Umsetzung der neuen Verbandsklagenrichtlinie, S. 21 ff.; dagegen *Bruns*, Umsetzung der EU-Verbandsklagerichtlinie in deutsches Recht, S. 47 f.
[48] *Gsell/Meller-Hannich*, JZ 2022, 421, 424.

4.1 Beschleunigtes Online-Verfahren

Darin enthalten ist der Vorschlag für ein beschleunigtes Online-Verfahren für geringe Streitwerte, das auf die Bewältigung massenhaft auftretender Streitigkeiten zwischen Verbrauchern und Unternehmern zielt.[49] Der Anwendungsbereich soll zunächst auf standardisierbare Streitigkeiten bis 5.000 € begrenzt sein.[50] Das Verfahren soll ausschließlich online stattfinden[51] und bei einigen Online-Gerichten konzentriert werden.[52] Insbesondere auf der Ebene des Beweises gibt es Erleichterungen. Nach entsprechenden Plänen im Koalitionsvertrag[53] ist die Einführung eines solchen Verfahrens absehbar. Dies ist durchaus zu begrüßen, auch wenn es mit einigen Einbußen an Verfahrensrechten einhergehen kann.[54] Die Umsetzung sollte zudem vor allem die Nutzerfreundlichkeit in den Blick nehmen.[55] Es ist allerdings zu bezweifeln, dass sich mit einem vereinfachten Online-Verfahren die Digitalisierung von Massenverfahren vorantreiben lässt. Es handelt sich um Individualstreitigkeiten, die entsprechend jeweils individuell zu entscheiden sind. Das Sammeln von Ansprüchen und die Erledigung eines Gesamtschadensereignisses in einem Verfahren sind damit nicht zu erreichen.

4.2 Elektronisches Basisdokument

Noch nicht vorgesehen ist die Umsetzung eines weiteren Vorschlags aus dem Diskussionspapier:[56] Die Strukturierung der Stoffsammlung im Verfahren mithilfe eines Basisdokuments, wobei die Möglichkeiten der Digitalisierung diesen Vorschlag erst praktisch sinnvoll umsetzbar erscheinen lässt.[57] In der Tat scheint gerade die Stoffsammlung und -strukturierung, ggf. auch in Abgleich mit Parallelverfahren,

---

[49] *Arbeitsgruppe „Modernisierung des Zivilprozesses"*, Modernisierung des Zivilprozesses Diskussionspapier, S. 76 ff.; s. zum Vorschlag auch *Christensen*, AnwBl 2021, 286; *Meller-Hannich*, AnwBl 2021, 288; *Voß*, VuR 2021, 243.

[50] Kritisch dazu *Rühl*, in: Göttinger Kolloquien Sommersemester 2021, S. 71 f.; *Meller-Hannich*, AnwBl 2021, 288, 289.

[51] Anders z. B. der Vorschlag von *Nicolai/Wölber*, ZRP 2018, 229, 231 ff., der eine digitale Antragstellung und Terminfindung, danach aber ein analoges Verfahren vorsieht.

[52] Kritisch dazu *Meller-Hannich*, AnwBl 2021, 288, 289.

[53] „Kleinforderungen sollen in bürgerfreundlichen digitalen Verfahren einfacher gerichtlich durchgesetzt werden können", Koalitionsvertrag 2021, S. 106.

[54] Kritisch zur Zweckmäßigkeit des Vorschlags etwa *Voß*, VuR 2021, 243, 246; Zur „Dreiteilung der Streitbeilegung" bereits *Roth*, ZZP 129 (2016), 3, 5 ff., allerdings bezogen auf die Verbraucherschlichtung.

[55] Dazu *Andert*, in: Göttinger Kolloquien Sommersemester 2021, S. 85 ff.; *Rühl*, ebenda, S. 77 f.

[56] Die Idee ist bereits seit längerem Gegenstand der rechtswissenschaftlichen Diskussion, s. z. B. *Vorwerk*, NJW 2017, 2326; *Greger*, NJW 2019, 3429, 3431; *Zwickel*, in: Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren und das Prozessrecht, S. 179, 184 ff.; *Effer-Uhe*, MDR 2019, 69, 70 ff.

[57] *Arbeitsgruppe „Modernisierung des Zivilprozesses"*, Modernisierung des Zivilprozesses Diskussionspapier, S. 31 ff.

eine besonders interessante Möglichkeit des Einsatzes der Digitalisierung bei Massenverfahren. So könnte der Tatsachenstoff in ein vorstrukturiertes Basisdokument eingetragen werden. Denkbar wäre eine Strukturierung nach streitigen und unstreitigen Tatsachen und idealerweise könnte das Basisdokument den Tatbestand des Urteils bilden. Zwar gibt es gerade aus der Anwaltschaft durchaus berechtigte Einwände gegen diese Idee.[58] Es sollte aber die erhebliche Zeitersparnis und Effizienzsteigerung durch die Strukturierung zumindest bedacht werden. Die Digitalisierung funktioniert auch in anderen Bereichen nicht über eine reine Übersetzung analoger in digitale Formen, sondern über eine Verknüpfung und Strukturierung von Informationen, idealerweise in einem einfach handhabbaren *Legal Design*. Dies ist etwa in der juristischen Recherche inzwischen unverzichtbar, bei der Strukturierung des Tatsachenstoffes in der gerichtlichen Praxis ist es aber noch nicht angekommen. Trotz anfänglicher Skepsis[59] – auch meinerseits – gibt es inzwischen Versuche im „Reallabor", die Positives versprechen.[60] Der Gesetzgeber hat sich mit Einführung des (wenngleich nur deklaratorisch wirkenden) § 139 Abs. 1 S. 3 ZPO zumindest vorsichtig offen in diese Richtung gezeigt.[61]

4.3 Digitales Justizportal

Von Seiten des BMJ angedacht ist die Entwicklung eines digitalen Justizportals, das dem Bürger einen Weg durch die verschiedenen Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung bietet.[62] So sollen sich Bürger innerhalb der vielfältigen Möglichkeiten (z. B. Kollektivverfahren, alternative Streitbeilegung, weitere anwaltliche Beratung etc.), die sich ihnen zu Beginn ihrer Überlegungen bei der Rechtsdurchsetzung bieten, schnell und sicher zurechtfinden können. Ein erster Prototyp war in der Entwicklung[63], wird aber offenbar nicht weiterverfolgt.

---

[58] *Zwickel*, in: Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren und das Prozessrecht, S. 179, 193 betont die Wichtigkeit des freien Vortrags aus Sicht der Parteien.
[59] Grundsätzlich kritisch zur Strukturierung von Schriftsätzen *Hirtz*, NJW 2014, 2529, 2531; zumindest Zweifel an der praktischen Umsetzbarkeit äußert auch *Heil*, ZIP 2021, 502, 504 f.; siehe zudem das Assistenzsystem OLGA am OLG Stuttgart https://stm.baden-wuerttemberg.de/de/service/presse/pressemitteilung/pid/einsatz-kuenstlicher-intelligenz-zur-bewaeltigung-der-diesel-verfahren/ <Stand: 27.2.2023> und das System FRAUKE am Frankfurter Amtsgericht https://www.hessenschau.de/panorama/amtsgericht-frankfurt-kuenstliche-intelligenz-hilft-bei-massen-urteilen,amtsgericht-roboter-100.html <Stand: 27.2.2023>.
[60] Https://www.uni-regensburg.de/assets/rechtswissenschaft/fakultaet/aktuelles/134_Modernisierung_des_Zivilprozesses_-_Reallabor.pdf; positiv zum Vorschlag der Arbeitsgruppe auch *Greger*, AnwBl 2021, 284; *Streyl*, NZM 2021, 329, 330 f.
[61] S. dazu *Zwickel*, MDR 2021, 716.
[62] S. dazu https://digitalservice.bund.de/fellowships/tech4germany/ <Stand: 28.7.2022>; *Arbeitsgruppe „Modernisierung des Zivilprozesses"*, Modernisierung des Zivilprozesses Diskussionspapier, S. 5 ff.; grds. zustimmend *Rühl*, in: Göttinger Kolloquien Sommersemester 2021, S. 67 ff.; ferner zur Idee eines Justizportals *Nicolai/Wölber*, ZRP 2018, 229, 231 f.
[63] Https://tech.4germany.org/project/digitale-klagewege-bmjv/ <Stand: 27.2.2023>.

5 Fazit

Bei Massenverfahren geht es nicht nur darum, die einzelnen Verfahren effizient zu bewältigen und die Gerichte zu entlasten. Es geht um rechtspolitische Weichenstellungen, die die Funktionsfähigkeit der Justiz und die richterliche Arbeit selbst in den kommenden Jahren intensiv betreffen. Wenn die Justiz angesichts sinkender Klageeingangszahlen und zugleich immer häufiger vorkommender Massenstreitigkeiten ihre rechtsstaatliche Bedeutung und der richterliche Dienst seine Attraktivität behalten sollen, sind Entscheidungen zu treffen. Diese betreffen in erster Linie die Digitalisierung bei Massenverfahren, also in vergleichbaren und konfektionierbaren Streitigkeiten, in denen der Einsatz von Digitalisierung skalierbar ist. Es wird aber nicht *eine* Lösung für sämtliche Verfahrensarten geben. Die bestehenden Unterstützungsmöglichkeiten für Einzelklagen (etwa Rechtsschutzversicherungen, Prozesskostenhilfe oder der inzwischen vereinfachte Zugang zu Erfolgshonoraren) werden auch weiterhin notwendig sein, denn selbstverständlich wird es auch in Zukunft nicht nur Massenverfahren geben.

Literatur

Andert, Alisha, Beschleunigtes Online-Verfahren aus Legal Design Perspektive, in: Göttinger Kolloquien zur Digitalisierung des Verfahrensrechts, Kolloquien im Sommersemester 2021, Göttingen 2022, S. 85–93

Arbeitsgruppe „Modernisierung des Zivilprozesses" im Auftrag der Präsidentinnen und Präsidenten der Oberlandesgerichte, des Kammergerichts, des Bayerischen Obersten Landesgerichts und des Bundesgerichtshofs, Modernisierung des Zivilprozesses. Diskussionspapier, abrufbar unter https://www.justiz.bayern.de/media/images/behoerden-und-gerichte/oberlandesgerichte/nuernberg/diskussionspapier_ag_modernisierung.pdf <Stand: 6.9.2022>

Bruns, Alexander, Umsetzung der EU-Verbandsklagerichtlinie ins deutsche Recht, abrufbar unter https://www.gdv.de/resource/blob/71522/dc65ef7b610a1d1c5c9c769d3f82aa1f/gutachten-verbandsklagerecht-download-data.pdf <Stand: 6.9.2022>

Christensen, Guido, Das Beschleunigte Online-Verfahren erleichtert den Zugang zum Recht. Digitalisierung ist eine staatliche Aufgabe, AnwBl 2021, 286–287

Deckenbrock, Christian/Henssler, Martin (Hrsg.), Rechtsdienstleistungsgesetz: RDG, 5. Auflage, München 2021

Effer-Uhe, Daniel, Möglichkeiten des elektronischen Zivilprozesses, MDR 2019, 69–76

Engler, Katharina, Keine Hürden (mehr) für unechte Legal Tech-Sammelklagen, AnwBl Online 2021, 253–257

Engler, Katharina, Die Bedeutung der unechten Legal Tech-Sammelklage für den kollektiven Rechtsschutz, Baden-Baden 2022

Freitag, Robert/Lang, David, Offene Fragen von Legal and Illegal Tech nach der „wenigermiete.de-Entscheidung“ des BGH, ZIP 2020, 1201–1210

Fries, Martin, De minimis curat mercator: Legal Tech wird Gesetz, NJW 2021, 2537–2541

Fries, Martin, Recht als Kapital, AcP 221 (2021), 108–138

Greger, Reinhard, Das „Rundum-sorglos-Modell“: Innovative Rechtsdienstleistung oder Ausverkauf des Rechts?, MDR 2018, 897–901

Greger, Reinhard, Der Zivilprozess auf dem Weg in die digitale Sackgasse, NJW 2019, 3429–3432

Greger, Reinhard, Strukturierung des Parteivortrags und des Verfahrens. Gemeinsames Arbeiten am Basisdokument klärt Sachverhalt und Rechtsfragen, AnwBl 2021, 284

Gsell, Beate, Europäische Verbandsklagen zum Schutz kollektiver Verbraucherinteressen – Königs- oder Holzweg?, BKR 2021, 521–529

Gsell, Beate/Meller-Hannich, Caroline, Die Umsetzung der neuen EU-Verbandsklagerichtlinie. Gutachten über die Umsetzung der europäischen Richtlinie über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher (RL (EU) 2020/1828) ins deutsche Recht, 2021, abrufbar unter https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2021/02/03/21-02-04_vzbv_verbandsklagen-rl_gutachten_gsell_meller-hannich.pdf <Stand: 6.9.2022>

Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Reymann, Christoph (Hrsg.), beck-online. Großkommentar zum Zivilrecht, München, Stand: 1.6.2022.

Gsell, Beate/Meller-Hannich, Caroline, Die Umsetzung der Verbandsklagen-Richtlinie als Chance für eine Bewältigung von Streu- und Masseschadensereignissen, JZ 2022, 421–430

Gurkmann, Jutta/Jahn, Ronny, Außergerichtlicher Vergleich im Rahmen einer Musterfeststellungsklage. Am Beispiel des Vergleiches zwischen VW und dem vzbv, VuR 2020, 243

Heil, Benedict, Modernisierung im Anwaltsprozess, ZIP 2021, 502–507

Hellwig, Hans-Jürgen/Ewer, Wolfgang, Keine Angst vor Legal Tech. Kurze Antworten auf aktuelle Fragen, NJW 2020, 1783–1785

Henssler, Martin, Prozessfinanzierende Inkassodienstleister – Befreit von den Schranken des anwaltlichen Berufsrechts?, NJW 2019, 545–550

Hirtz, Bernd, Die Zukunft des Zivilprozesses, NJW 2014, 2529–2533

Koalitionsvertrag 2021 - 2025 zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, Mehr Fortschritt wagen. Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, https://www.bundesregierung.de/breg-de/service/gesetzesvorhaben/koalitionsvertrag-2021-1990800 <Stand: 6.9.2022>

Krenzler, Michael (Hrsg.), Rechtsdienstleistungsgesetz. Handkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2017

Lemke, Christian, Legal Tech-Gesetz: Vom Ansatz verfehlt und nicht verbrauchergerecht, RDi 2021, 224–230

Meller-Hannich, Caroline, Sammelklagen, Gruppenklagen, Verbandsklagen – Bedarf es neuer Instrumente kollektiven Rechtsschutzes im Zivilprozess?, Gutachten A zum 72. Deutschen Juristentag, München 2018, A 1–A 107

Meller-Hannich, Caroline, Beschleunigtes Online-Verfahren und Verfahrensgrundsätze. Eine sorgfältige Neuinterpretation könnte Verfahrensrechte stärken, AnwBl 2021, 288–290

Meller-Hannich, Caroline, „Parken" eines Anspruchs in der Musterfeststellungsklage als erlaubter Rechtsgebrauch, LMK 2022, 800844

Meller-Hannich, Caroline, Wenn die Klage sich nicht lohnt – Effektiver Rechtsschutz bei geringen Streitwerten, NZM 2022, 353–360

Nicolai, Jakob/Wölber, Jill, Zukunftsoffene und verbraucherfreundliche Justiz. Überlegungen zu einem Beschleunigten Online-Verfahren für geringe Streitwerte, ZRP 2018, 229–233

Petrasincu, Alexander/Unseld, Christopher, Das Sammelklage-Inkasso im Lichte der BGH-Rechtsprechung und der RDG-Reform, NJW 2022, 1200–1205

Prütting, Hanns, Das Drama um das Legal-Tech-Inkasso, ZIP 2020, 1434–1442

Prütting, Hanns, Neue Entwicklungen im Bereich des kollektiven Rechtsschutzes, ZIP 2020, 197–203

Prütting, Hanns, Aktuelle Entwicklungen des kollektiven Rechtsschutzes, in: Ius Vivum: Kunst – Internationales – Persönlichkeit – Festschrift für Haimo Schack zum 70. Geburtstag, Tübingen 2022, S. 1099–1108

Rebehn, Sven, Land unter bei den Amtsgerichten, DRiZ 2020, 82–83

Rentsch, Bettina, Rechtsschutz unter der EU-Verbandsklagerichtlinie. Systemwettbewerb unter Brüssel Ia?, EuZW 2021, 524–533

Römermann, Volker/Günther, Tim, Legal Tech als berufsrechtliche Herausforderung, NJW 2019, 551–556

Römermann, Volker, Legal Tech-Gesetz: ein (allzu) kleiner Schritt in die richtige Richtung, RDi 2021, 217–224

Roth, Herbert, Die Zukunft der Ziviljustiz, ZZP 129 (2016), 3–24

Rühl, Gisela, Digital Justice made in Germany: Zur Modernisierung der deutschen Ziviljustiz, in: Göttinger Kolloquien zur Digitalisierung des Verfahrensrechts, Kolloquien im Sommersemester 2021, Göttingen 2022, S. 63–83

Stadler, Astrid, Pyrrhussieg für den Verbraucherschutz – vzbv umgeht durch Vereinbarung mit VW gesetzliche Sicherungsmechanismen, VuR 2020, 163

Stadler, Astrid, Zulässigkeit von Inkasso-Bündelungs- und Finanzierungsmodellen nach RDG, RDi 2021, 513–517

Streyl, Elmar, E-Parteivortrag. Zum Vorschlag des „strukturierten Vortrags" in der elektronischen Gerichtsakte nach Art einer Relationstabelle, NZM 2021, 329–334

Vorwerk, Volkert, Strukturiertes Verfahren im Zivilprozess, NJW 2017, 2326–2330

Timmermann, Daniel, Legal Tech-Anwendungen, Baden-Baden 2020

Tolksdorf, Klaus, „Sammelklagen" von registrierten Inkassodienstleistern – eine unzulässige Erscheinungsform des kollektiven Rechtsschutzes?, ZIP 2019, 1401–1411

Tolksdorf, Klaus, Der Umfang der Inkassoerlaubnis nach dem „Lexfox-Urteil" des Bundesgerichtshofs, ZIP 2021, 2049–2059

Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. (vzbv), Jahresbericht 2021, Berlin 2021

Zwickel, Martin, Die digitale Strukturierung und inhaltliche Erschließung zivilprozessualer Schriftsätze im Spannungsfeld zwischen Parteiherrschaft und Richtermacht, in: Buschmann, Almuth/Gläß, Anne-Christin/Gonska, Hans-Henning/Philipp, Markus/Zimmermann, Ralf (Hrsg.), Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren und das Prozessrecht. 3. Tagung junger Prozesswissenschaftler und -wissenschaftlerinnen am 29./30.09.2017, Berlin 2018, S. 179-204

Zwickel, Martin, Analoge und digitale Strukturierung und Abschichtung im zivilgerichtlichen Verfahren, MDR 2021, 716–723

Massenschäden in einem zunehmend digitalisierten Rechtsdienstleistungsmarkt[1]

Dr. Christopher Unseld, LL.M. (Michigan)

In den Diskussionen zum Thema „Legal Tech“ sowie der Modernisierung und Digitalisierung des Rechtsdienstleistungsmarkts kommt die Rede nicht zufällig immer wieder auf das Thema „Zugang zum Recht“. Das ist zu begrüßen, zumal nicht nur die sinkenden Eingangszahlen in der Justiz den Verdacht schüren, dass viele Geschädigte die Gerichte meiden. In Abwesenheit verlässlicher empirischer Daten (z. B. in Form von sog. „Unmet Legal Needs“ Studien) ist nur schwer zu beurteilen, was die genauen Gründe dafür sind.[2] Ein wichtiger Faktor dürfte jedoch sein, dass ein Gang zum Gericht für viele Geschädigte ein kaum akzeptables Kostenrisiko mit sich bringt.

[1] Der Beitrag beruht auf dem Vortrag des Verfassers im Rahmen der Göttinger Kolloquien zur Digitalisierung des Zivilverfahrensrechts am 4. Februar 2022. Fußnoten wurden nur sparsam ergänzt.
[2] Vgl. dazu den Podcast „Rechtsgespräch“ mit *Cord Brügmann*, Folge 26, 10. November 2021.

DOI: https://doi.org/10.17875/gup2023-2377

Der folgende Beitrag veranschaulicht, dass sich dieses Problem nicht nur auf kleinere Ansprüche von Verbraucher:innen beschränkt (hierzu 1). Vielmehr kämpfen auch Unternehmen mit dem Phänomen des rationalen Desinteresses (2). Symbolische Gesetzgebung (3) und insbesondere Massenschadensfälle (4) verstärken das dadurch verursachte Rechtdurchsetzungsdefizit. Das inzwischen auch vom BGH anerkannte Sammelklage-Inkasso dürfte in Zukunft hier eine noch wichtigere Rolle spielen (5), den Zugang zum Recht gerade dort zu ermöglichen, wo sonst Ansprüche gar nicht durchgesetzt würden. Eine inkrementelle Fortentwicklung des Sammelklage-Inkassos könnte damit den Weg zu einer schrittweisen Anpassung des deutschen Zivilrechts an die Erfordernisse des kollektiven Rechtsschutzes in Massenschadensfällen ebnen (6).

1 Wer riskiert den Gang vor Gericht?

Ein möglicher Prozess verlangt die Bereitschaft ab, nicht nur (in aller Regel) Rechtsanwält:innen aufzusuchen und für deren Arbeit im Zweifel in Vorkasse zu treten. Als Kläger:in hat man grundsätzlich die Gerichtskosten vorzustrecken und in manchen Verfahren bedarf es bereits vor der Klageerhebung der Hinzuziehung von spezialisiertem Sachverstand (etwa durch Ökonomen oder technische Fachleute), um die Erfolgsaussichten eines Verfahrens seriös einzuschätzen oder mithilfe der Vorlage eines Parteigutachtens überhaupt erst die Voraussetzung für einen möglichen Prozesserfolg zu schaffen. Für einen gegebenenfalls zusätzlichen, gerichtlich bestellten Sachverständigen kommt aufgrund der allgemeinen Beweislastregeln zumeist die Klägerseite zunächst ebenso auf, wie für etwaige Übersetzungskosten und ähnliche, vorbereitende Tätigkeiten.

Für viele Geschädigte ist es – in Abwesenheit absolut zwingender Gründe[3] – daher nur eine theoretische Option, notfalls auch vor Gericht ihre Rechte durchzusetzen. Wenn man bedenkt, dass etwa 40 % der Deutschen über kein nennenswertes Vermögen verfügen,[4] kann es nicht wirklich überraschen, dass dieser Anteil der Bevölkerung beispielsweise bei einem Anspruch von 2.000 € kaum bereit sein wird, ein Kostenrisiko von gut 5.000 € einzugehen, soweit man nur die nach RVG erstattungsfähigen Kosten zugrunde legt.[5] Bei höheren Schäden wird zwar das Kostenverhältnis etwas günstiger, so dass einem Schaden von 15.000 € „nur“ noch ein

[3] Diese können durchaus emotional begründet sein, vgl. dazu *Rother/Unseld*, ZPO-Blog v. 9. August 2018, abrufbar unter https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/zpoblog/private-enforcement-kollektiver-rechtsschutz-europarecht.

[4] *Fratzscher*, Verteilungskampf, 2017, S. 38 ff.

[5] Allein für die gesetzlichen Anwalts- und Gerichtskosten beläuft sich das Kostenrisiko auf 5.066,22 € für die erste Instanz allein auf 1.481,50 €. Soweit die eigenen Rechtsberater:innen auf Stundenbasis vergütet werden, steigt hier das Kostenrisiko entsprechend.

Mindestkostenrisiko von gut 20.000 € gegenübersteht.[6] Dieses günstigere Kostenverhältnis ändert aber natürlich nichts daran, dass ein zusätzlicher Verlust von 20.000 € für die meisten von uns eine finanzielle Katastrophe darstellt, was eine Zurückhaltung keineswegs „irrational" erscheinen lässt. Auch das Kostenrisiko einer Instanz in Höhe von knapp 6.000 € ist kein Faktor, den man achselzuckend hinnehmen kann.

Vor diesem Hintergrund ist es schlicht irreführend, wenn teilweise so getan wird, als sei etwa ab einer fiktiven (und wissenschaftlich unbelegten) Grenze von 2.000 € das Problem des „rationalen Desinteresses" erledigt.[7] Denn wer weder über ein nennenswertes Vermögen noch – wie mehr als die Hälfte der Deutschen[8] – über eine Rechtsschutzversicherung verfügt (die ohnehin nicht jeden Haftungsfall abdeckt), für den ist ein Gang zum Gericht ein riskantes, häufig tendenziell unvernünftiges Anliegen.

2 Rationales Desinteresse auch bei Unternehmen

Es handelt sich aber keineswegs um ein auf Verbraucher:innen beschränktes Problem. Dieser Eindruck mag teilweise dadurch entstanden sein, dass sich die jüngsten rechtspolitischen Projekte zur Erleichterung des Zugangs zum Recht ganz vorrangig auf die Perspektive der Verbraucherseite fokussiert hatten.[9]

Aber gerade für kleine und mittlere Unternehmen lassen sich ganz ähnliche Phänomene beobachten. Besonders anschaulich zeigt sich dies im Kartellschadensersatzrecht, bei dem zwar die Forderungen häufig durchaus hoch sind, aber die Kostenrisiken mindestens genauso stark steigen.[10] Dies lässt sich gut am sog. Lkw-Kartell beobachten.[11] Unzählige kleine und mittlere Speditionen und Logistikunternehmen aus ganz Deutschland und Europa waren hier – laut den rechtskräftigen Feststellungen der EU-Kommission – jahrelang von einem Kartell betroffen, bei dem nicht zuletzt Preisabsprachen zulasten der Abnehmer getroffen wurden.[12] Während die Kartellanten der Kommission gegenüber – nach der (drohenden) Ent-

[6] Genau: 20.160,44 € für gesetzliche Anwalts- und Gerichtskosten für drei Instanzen und 5.870,88 € für die erste Instanz.

[7] Vgl. etwa BT-Drs. 19/27673, S. 13, maßgeblich mit Verweis auf eine Umfrage der Roland Rechtsschutzversicherung aus dem Jahr 2020.

[8] GDV, So sind die Deutschen versichert, abrufbar unter https://www.gdv.de/gdv/themen/gesellschaft/versicherungsschutz-versicherungsdichte-ueberversicherung-49418.

[9] Vgl. die als „Gesetz zur Förderung verbrauchergerechter Angebote im Rechtsdienstleistungsmarkt" bezeichnete RDG-Reform, die Musterfeststellungsklage oder die EU-Verbraucherverbandsklage.

[10] Dies anerkennt auch der Gesetzgeber, vgl. BT-Drs. 19/27673, S. 34. Vgl. auch § 1 Abs. 2 des Referenten-Entwurfs des Verbraucherrechtedurchsetzungsgesetz (VDuG).

[11] Vgl. dazu auch *Makatsch/Kacholdt*, NZKart 2021, 486; *Stadler*, RDi 2021, 513; *Petrasincu/Unseld*, NZKart 2021, 280; *Petrasincu/Unseld*, NJW 2022, 1200.

[12] Entscheidung der EU-Kommission AT.39824 vom 19. Juli 2016. Die Entscheidung vom 27. September 2017 gegen den Hersteller Scania ist noch nicht rechtskräftig.

deckung – schnell zu Zugeständnissen bereit waren und die drastischen Kartellverstöße im Austausch für Bußgeldermäßigungen einräumten, zeigten sie sich den Geschädigten gegenüber abwehrend. Statt aus eigener Initiative eine Entschädigung der Kartellopfer anzustreben, nahm man offiziell die Haltung ein, dass das jahrelang betriebene Kartell völlig wirkungslos verlaufen war und ein Schaden der Lkw-Abnehmer auszuschließen sei. Dies wurde und wird fortlaufend mit einer Vielzahl an Parteigutachten der verschiedenen Kartellanten untermauert. Die Beklagten unterstützen sich nicht nur auf diese Weise auch im Kartellnachgang gegenseitig, sondern bereiten sich natürlich jeweils mit Großkanzleien auf die Abwehr einer Vielzahl von Klagen vor. Für ein mittelständisches Unternehmen, dass tendenziell selten vor Gericht steht und aller Wahrscheinlichkeit nach noch kein einziges Kartellschadensersatzverfahren geführt hat, hat dies weitreichende Implikationen. So wird das geschädigte Unternehmen vielleicht 20 Lkw im Kartellzeitraum erworben haben. Bei einem Kaufpreis von rund 80.000 € und einem möglichen Kartellschaden von rund 15 % beläuft sich der mögliche Schadensersatz zwar auf immerhin 240.000 € zzgl. Zinsen. Um dies ausreichend zu prüfen und darzulegen, bedarf es aber in aller Regel eines Parteigutachtens für das ein mittlerer fünfstelliger, wenn nicht gar ein sechsstelliger Betrag einzuplanen ist. Die Gerichtskosten für zwei Instanzen und mögliche Kostenerstattungsansprüche für einen Beklagten summieren sich auf knapp 32.000 €.[13] Da in der Regel nicht nur von einem Hersteller Lkw bezogen wurden, dürfte es nicht selten ratsam sein, zwei oder drei Hersteller zu verklagen, was allein dieses Gerichtskostenrisiko auf knapp 50.000 € bzw. 64.000 € ansteigen lässt. Inwiefern die anderen Kartellanten dem Prozess als Streithelfer der Gegenseite beitreten, kann eine Klägerin nicht beeinflussen.[14] Hinzu kommt, dass die Beklagten und Streithelfer:innen ihrerseits Parteigutachten vorlegen und diese Kosten im Obsiegensfall geltend machen werden. Ein gerichtlich bestelltes Sachverständigengutachten und die eigenen Rechtsanwaltskosten brauchen da noch gar nicht berücksichtigt werden, um zu erkennen, dass das Prozesskostenrisiko den eigentlich geforderten Betrag schnell übersteigt. Es kann niemanden überraschen, dass in den letzten Jahrzehnten Kartellschadensersatzforderungen selbst nach Aufdeckung eines Kartells durch das Bundeskartellamt oder die EU-Kommission nicht durchgesetzt wurden.

3 Mehr Recht und weniger Rechtsdurchsetzung?

Angesichts des beschriebenen Problems, dass das sog. rationale Interesse viele (potenziell) Geschädigte davon abhält, überhaupt den Rechtsweg einzuschlagen, kann es nur überraschen, dass in rechtspolitischen Diskussionen dennoch häufig

[13] Für zwei Instanzen belaufen sich die Gerichtskosten auf 16.219,00 € und die nach RVG im Unterliegensfall zu erstattenden Anwaltskosten der Gegenseite auf 15.707,89 €.

[14] Hier kennt das GWB zwar inzwischen zur Abmilderung der teuren Nebeninterventionen eine Kostenbegrenzung (§ 89a Abs. 3 GWB), die aber das grundsätzliche Dilemma kaum beseitigt.

allein die Perspektive des materiellen Rechts dominiert. Es wird viel über die Schaffung neuer Rechte und Ansprüche debattiert, ohne dabei (ausreichend) zu berücksichtigen, inwiefern diese – komplementär zum materiellen Recht – auch praktisch durchgesetzt werden.

Teilweise kann dies einer gewissen Naivität geschuldet sein. Man hat sich als Gesetzgeber dann schlicht nicht um diese Frage gekümmert. In manchen Fällen ist jedoch auch nicht auszuschließen, dass der materiell-rechtliche Überschuss einer Reform bewusst in Kauf genommen wird. In hart umkämpften Regierungsverhandlungen wird dann der zumindest symbolische Sieg, nämlich die Schaffung vielversprechender Normen, auch dann akzeptiert, wenn die effektive Durchsetzbarkeit des damit geschaffenen Rechts mehr als ungewiss ist. In bestimmten Fällen wird es sogar sehenden Auges akzeptiert, dass die individuelle Durchsetzbarkeit sogar explizit abbedungen wird.[15] Die mit dieser Symbolgesetzgebung verbundenen Hoffnungen, dass sich das Recht dann entweder trotzdem seinen Weg sucht oder zumindest zukünftige Gesetzgeber:innen den einmal eingeschlagenen Pfad nicht mehr so leicht verlassen können, sind legitim. Die Existenz von in der Zwischenzeit jedoch kaum oder gar nicht durchsetzbaren Normen schafft jedoch Probleme.

Zum einen provoziert symbolisches Recht Frust bei den vermeintlich geschützten Normadressat:innen. Je größer und systematischer die Lücke von Rechtsanspruch und Rechtswirklichkeit klafft, desto mehr fühlen sich hier populistische Kritiker:innen des demokratischen Rechtsstaats bestätigt.

Zum anderen verschärft die Existenz von kaum durchsetzbaren Normen noch die soziale Ungleichheit. Denn eine praktisch kaum durchzusetzende Norm wird im Zweifel allenfalls von dem gut-situierten Klientel durchgesetzt, das dank Rechtsschutzversicherung oder einem finanziellen Polster dazu in der Lage ist, rational ökonomisch kaum sinnvolle Durchsetzungsbemühungen zu unternehmen. Die ca. 40 % der deutschen Bevölkerung, die praktisch keine Ersparnisse (und auch keine Rechtsschutzversicherung) haben, können nur zuschauen, wie hier symbolische Siege derjenigen erzielt werden, die diese mutmaßlich am wenigsten brauchen. Hinzukommt, dass alle (!) die Kosten dieser symbolischen Rechtsdurchsetzung tragen. Um ein Beispiel zu nennen: Auch der Geringverdiener ohne Ersparnisse und Rechtsschutzversicherung finanziert bei seinem nächsten Autokauf die Abwicklung des Dieselskandals, auch wenn er selbst vor einer Geltendmachung eines solchen Anspruchs aus Angst vor hohen Kostenrisiken zurückscheuen würde.

4 Massenschadensfälle als besondere Herausforderung

Die beschriebenen Schwierigkeiten wirken sich auf weite Teile des deutschen Zivilprozessrechts aus. Der Aufstieg von Legal-Tech-Anbietern belegt dies. So stoßen die nicht-anwaltlichen Anbieter gerade in die Rechtsgebiete vor, bei denen die

[15] § 3 Abs. 3 Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz.

Rechtssuchenden davor zurückschrecken, selbst das Kostenrisiko zu tragen. Ein bekanntes Beispiel betrifft Forderungen aufgrund von Flugverspätungen. Schlechte, weil eher symbolische und ineffektive Gesetzgebung, wie (zumindest) bei der ursprünglichen Mietpreisbremse, wurde durch Legal-Tech-Anbieter zum Leben erweckt. Dass die hierfür notwendige Digitalisierung und Skalierung, wie sie nicht-anwaltliche Rechtsdienstleister dank der für sie bestehenden regulativen Freiräume leichter möglich ist, den Rechtsanwält:innen faktisch lange Zeit komplett und heute noch teilweise vorenthalten blieb,[16] lässt sich mit rationalen Argumenten kaum nachvollziehen.[17]

Die Skalierung von ähnlichen Verfahren mit den Mitteln der Digitalisierung ist – unabhängig davon, ob sie von Rechtsanwaltskanzleien oder nicht-anwaltlichen Rechtsdienstleistern vorgenommen wird – ein probates Mittel, gerade um kleinere Forderungen mit einem angemessenen Kosten-Nutzen-Verhältnis zu bearbeiten. Die Investition in solche Projekte, die über die Erstellung und Aktualisierung von Musterschriftsätze hinausgeht und beispielsweise auch die IT-gestützte Bearbeitung von Massenfällen in all seinen Facetten umfasst, rechnet sich in der Masse und ermöglicht eine aus Kundensicht attraktive Erfolgshonorarvereinbarung oder einen für den Kunden besonders bequemen Anspruchsankauf.

Für die Justiz stellen massenhafte Fälle gleicher Bauart jedoch eine enorme Belastung dar. Nur eine personell und technisch gut ausgestattete Gerichtsbarkeit kann hiermit angemessen umgehen. Solange es sich hier aber um unterschiedliche Schadensereignisse handelt, kann der Einzelprozess kaum vermieden werden, selbst wenn es sich um sehr ähnliche Verfahren handelt (bspw. Flugverspätungen derselben Fluggesellschaft, aber unterschiedlicher Kunden auf unterschiedlichen Flügen).[18]

Von den massenhaften Einzelklagen, bei denen der Rechtsdienstleister gewissermaßen „hinter den Kulissen" skaliert,[19] sind sogenannte Massenschadensfälle zu unterscheiden. Bei diesen verursacht ein singuläres Ereignis oder ein bestimmtes Verhalten einen Schaden bei einer Vielzahl von Geschädigten. Das entsprechende Ereignis oder Fehlverhalten kann beispielsweise ein folgenschwerer Unfall mit einer Vielzahl von Beteiligten, ein in der Produktion angelegter Fehler in der Massenproduktion oder auch ein manipulatives Fehlverhalten sein. Auf den ersten Blick eignen sich diese Art von Massenschadensfällen zwar auch für die auf Textbausteinen basierenden Einzelverfahren. Dies übersieht jedoch einen überragend wichtigen Aspekt:

---

[16] Mit dem Gesetz zur Förderung verbrauchergerechter Angebote im Rechtsdienstleistungsmarkt wurde das anwaltliche Berufsrecht genau deswegen gelockert.

[17] Statt vieler *Römermann*, VuR 2020, 43, 51.

[18] Vor diesem Hintergrund verfehlt ist die Annahme des Referentenentwurfs, dass Flugverspätungen ein sinnvoller Anwendungsbereich der EU-Verbraucherverbandsklage nach dem geplanten Verbraucherrechtedurchsetzungsgesetz (VDuG) sein könnten, S. 77.

[19] Dazu umfassend *Unseld* in: Riehm/Dörr (Hrsg.), Digitalisierung und Zivilverfahren, 2023 (i.E.).

In Massenschadensfällen ermöglicht die Abwehr der zu erwartenden Klagewelle für die Beklagtenseite eine völlig veränderte Kalkulation. Denn da jeder mögliche Anspruch zumindest eine Reihe gleichartiger Anspruchsvoraussetzungen erfüllen muss, eröffnet sich für die Beklagtenseite die überaus attraktive Option, jeden Anspruch von Anfang an mit maximaler Gegenwehr abzuwehren.[20] Die hierfür vorgesehenen Kosten können großzügig kalkuliert werden, da bereits mit der Abwehr der ersten Klage alle (möglichen) Klagen abgewehrt werden. Folglich werden keine Kosten gescheut, wenn es um die Zusammenstellung der juristischen und gutachterlichen Verteidigung des eigenen Verhaltens geht. Bereits die ersten Kläger:innen werden im Zweifel nicht nur von umfangreichen Großkanzlei-Schriftsätzen, sondern mit einer Reihe von Gutachten aus den jeweiligen Spezialdisziplinen konfrontiert. Dies wiederum hat zur Folge, dass es für die Klägerseite kaum noch möglich und vor allem wirtschaftlich unvertretbar wird, (die) Augenhöhe zwischen den Parteien zu wahren. Ohne eine verfahrensrechtliche Bündelung der Ansprüche bleibt es beispielsweise die Ausnahme, dass von mehreren Kläger:innen ein gemeinsames Gutachten in Auftrag gegeben werden kann. Solange es sich – selbst bei einer gewissen Anhäufung bei einer Anwaltskanzlei – um Einzelmandate handelt, stehen diese zudem der Verteidigungstaktik der Gegenseite formal isoliert gegenüber. Es ist dann eher dem Zufall geschuldet, welches Verfahren beispielsweise wegen der Rechtsansicht des jeweils angerufenen Gerichts Erfolg verspricht und welches Verfahren in den ersten Instanzen weniger aussichtsreich erscheint. Die Beklagtenseite kann durch taktisches Vergleichen die erfolgsversprechenden Fälle gezielt dem Rechtsweg entziehen, ohne dass hier das kollektive Interesse der Geschädigten an der noch lange nicht abgeschlossenen Klärung der Rechtslage zur Geltung kommt. Selbst bei von einem Rechtsdienstleister erworbenen Ansprüchen, die gezielt als Musterverfahren geführt werden, besteht bis zur Revision (§ 555 Abs. 3 ZPO) die Gefahr, dass der Anspruch einer Klärung mit einem taktischen Anerkenntnis entzogen wird. Dieselbe Gefahr besteht bei möglichen Vorabentscheidungsverfahren an den EuGH, die auf diese Weise häufig verhindert werden können. Vor diesem Hintergrund ist es auch verfehlt, bei Massenschadensereignissen *de lege ferenda* auf ein schlichtes Vorlageverfahren an den BGH zu setzen.[21] Dass in Massenschadensfällen, wie etwa dem VW-Abgasskandal, lange Zeit gezielt Entscheidungen des BGH und des EuGH verhindert wurden, lag nicht daran, dass diese Verfahren zu lange dauern würden und es deswegen lediglich einer prozessualen Beschleunigung bzw. Verkürzung des Rechtswegs bedürfte.

[20] Statt vieler *Morell*, JZ 2019, 809, 813.
[21] Vgl. u. a. *Heese/Schumann,* NJW 2021, 3023; kritisch *Gsell,* ZRP 2021, 166.

Es bedarf folglich einer Kollektivierung des zivilrechtlichen Rechtsschutzes. Ein erster Schritt wäre die Anerkennung einer zivilrechtlichen Fortsetzungsfeststellungsklage mit Blick auf weitere noch anhängige oder gar nur bevorstehende Verfahren.[22] Wer ein überindividuelles Interesse an der Klärung des Falles nachweisen kann, etwa wegen einer Vielzahl von weiteren Ansprüchen oder Mandanten, könnte dann eine Entscheidung trotz eines Anerkenntnisses der Gegenseite erzwingen. Das Fortsetzungsfeststellungsinteresse würde dann – wie im Verwaltungsrecht – vom individuellen Verstoß abstrahiert. Eine weitere Möglichkeit wäre, ein Vorlageverfahren an den BGH nur für gebündelte Verfahren oder von Rechtsanwaltskanzleien zuzulassen, die eine Vielzahl von Geschädigten im betreffenden Massenschadensfall vertreten, um sicherzustellen, dass mit dem Fall besonders gut vertraute und ausreichend motivierte Vertreter:innen die Klägerseite in diesem wichtigen Fall vertreten.[23]

Wie die genannten Vorschläge verdeutlichen, muss das Prozessrecht einerseits ein taktisches Vergleichen von Einzelverfahren verhindern und andererseits eine Klärung der Rechtslage auf Augenhöhe ermöglichen. Dies wiederum ist in Massenschadensfällen vor allem dann strukturell gewährleistet, wenn die Klägerseite ihre Interessen ebenso bündelt, wie es auf der Beklagtenseite ohnehin der Fall ist. Eine bloße Repräsentation von möglichen Ansprüchen ohne direkte Verbindung zu den Geschädigten ist dabei prekär und allein nicht ausreichend, wie etwa die Musterfeststellungsklage (§§ 606 ff. ZPO) verdeutlicht. Denn solange das Verfahren nur der Beklagtenseite die Möglichkeit einer finalen Abwehr, aber der Klägerseite keine Verurteilung auf Leistung erlaubt, fehlt es an der einem Prozess typischerweise inhärenten Bedrohungslage für beide Seiten, den Fall komplett zu verlieren.[24] Erst ein solches Bedrohungsszenario schafft die Voraussetzung dafür, sich auf einen die Prozessaussichten möglichst realistisch widerspiegelnden Vergleich zu einigen.

Bei der Musterfeststellungsklage ist es dagegen so, dass die Beklagten immer noch darauf spekulieren, dass nach einem gegen sie ergangenen Musterfeststellungsurteil die anschließenden Einzelverfahren abzuwarten bleiben. Auch wenn sich die Erfolgsaussichten nach einem Musterfeststellungsurteil für die Geschädigten zweifelsohne verbessern, ist nicht zu erwarten, dass alle Teilnehmer der Musterfeststellungsklage willens und in der Lage sind, auch den Anschlussprozess erfolgreich zu führen.[25] Allein die individuell zu beurteilende Beweislage (hat der

---

[22] Vgl. dazu bereits *Unseld* in: Riehm/Dörr (Hrsg.), Digitalisierung und Zivilverfahren, 2023 (i.E.).

[23] Es handelt sich um eine Anlehnung an die Auslegung von § 9 Abs. 2 KapMuG, vgl. dazu bereits *Petrasincu/Unseld*, NJW 2022, 1200, Rn. 43.

[24] Vgl. dazu *Unseld*, ZPO-Blog v. 30. Mai 2020, abrufbar unter https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/zpoblog/musterfeststellungsklage-kollektiver-rechtsschutz-apolitisches-zivilprozessrecht-systemwidrigkeit-kollektiver-rechtsschutz-unseld.

[25] Ähnliches ist im Kartellschadensersatzrecht zu beobachten. Trotz Bindungswirkung der Bußgeldentscheidung der Kartellbehörde im Zivilprozess (§ 33b GWB) bleibt die Durchsetzung des Anspruchs gerade auch deswegen anspruchsvoll, weil für die Gegenseite viel auf dem Spiel steht.

Geschädigte bspw. die notwendigen Dokumente vollständig aufbewahrt?) kann unter Umständen den Prozesserfolg beeinflussen. Zudem wird bei der Anmeldung zur Musterfeststellungsklage nicht geprüft, ob diese ordnungsgemäß erfolgt ist, um von der Verjährungshemmung (§ 204 Abs. 1 Nr. 1a BGB) und Bindungswirkung (§ 613 BGB) vollumfänglich zu profitieren. Da die Anmeldung ohne Rechtsanwalt vorgenommen werden kann, besteht auch hier das Risiko, dass der Folgeprozess an eher formalen Aspekten scheitert.

Die im Rahmen der Umsetzung der EU-Verbraucherverbandssammelklage geplante Abhilfeklage soll diese Mankos zwar zukünftig zum Teil beheben. Diese soll im deutschen Recht als Leistungsklage ausgestaltet werden. Die Abhilfeklage wird jedoch – wie schon die Musterfeststellungsklage – wenigen Verbraucherverbänden vorbehalten bleiben. Diese werden schon aus Kapazitätsgründen nur eine überschaubare Zahl an Verfahren führen. Ob das Angebot von Prozessfinanzierungen für Verbandsklagen bewirken kann, dass die entsprechenden Verbände bei großen Massenverfahren technisch und personell auf Augenhöhe mit der Beklagtenseite agieren können, bleibt abzuwarten. Die zurückhaltende und risikoaverse Handhabung der Musterfeststellungsklage scheint hier aber eher Anlass für Skepsis zu geben.

5 Sammelklage-Inkasso

Trotz entsprechender Vorstöße beispielsweise aus dem Bundestag[26], von der EU-Kommission[27], vom Deutschen Juristentag[28] oder von der Monopolkommission[29] gibt es in Deutschland bis heute keine formelle Gruppen- oder Sammelklage, bei der die Geschädigten sich selbst organisieren können, um den direkten Weg zur Entschädigung zu suchen. Gerade im Kartellschadensersatzrecht führte dies zu einem starken Leidensdruck, so dass sich auf Grundlage des bestehenden Rechts eine eigene Methodik des kollektiven Rechtsschutzes entwickelt hat. Das vom BGH Sammelklage-Inkasso[30] getaufte Vorgehen basiert auf dem sog. Abtretungsmodell. Hierbei werden gleichartige Ansprüche bei gleichzeitiger Vereinbarung eines Erfolgshonorars an einen Inkassodienstleister abgetreten.[31] Dieser macht die Ansprüche dann aus eigenem Recht in einem oder mehreren gebündelten Verfahren geltend.

---

[26] BT-Drs. 19/242, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung von Gruppenverfahren (Bündnis 90/Die Grünen).

[27] Empfehlung der Kommission vom 11. Juni 2013, Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten.

[28] DJT, Gutachten und Abstimmungsergebnisse des 72. Deutschen Juristentages in Leipzig 2018.

[29] 21. Hauptgutachten, Rn. 169 ff.

[30] BGH, Urteil v. 13. Juli 2021, II ZR 84/20, BGHZ 230, 255 – *AirDeal*.

[31] Vgl. grundlegend *Engler*, Die Bedeutung der unechten Legal Tech-Sammelklagen für den kollektiven Rechtsschutz, 2022, sowie *Petrasincu/Unseld*, NJW 2022, 1200.

Dieses Vorgehen bringt diverse Vorteile mit sich. So kann der Inkassodienstleister nicht nur unbeschränkt auf Erfolgshonorarbasis arbeiten, sondern ihm ist auch die Aufnahme von Fremdkapital und die Inanspruchnahme einer externen Prozessfinanzierung ohne weiteres möglich. Zudem kann der Inkassodienstleister sich nicht nur selbst auf den Fall spezialisieren, sondern aufgrund der Skalierbarkeit der gebündelten Ansprüche die Investition in spezialisierte Rechtsanwält:innen sowie Gutachter:innen bewerkstelligen. Die Verarbeitung der massenhaften Daten ist bei der IT-Abteilung eines modernen Inkassodienstleisters nicht nur gut aufgehoben. Die Bündelung der Daten ermöglicht in vielen Konstellation auch erst die substantiierte Erwiderung auf die Beklagtenseite, die – beispielsweise in Kartellschadenersatzfällen – einen praktisch uneinholbaren Vorsprung an relevanten Daten genießt.

Doch die Tatsache, dass das Sammelklage-Inkasso für viele (potenziell) Geschädigte den Zugang zum Recht erst eröffnete, traf in den letzten Jahren nicht auf ungeteilte Begeisterung. Die Beklagtenseite, insbesondere in Gestalt der Volkswagen AG und ihrer Rechtsanwält:innen, unternahm es, das Modell bereits im Ansatz zu verhindern.[32] Mit zahlreichen Gutachteraufsätzen wurde argumentiert, dass es sich um eine Vielzahl von Verstößen gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz handelte. Auch in der Justiz zeigte man sich von der Vorstellung wenig begeistert, tausende von gebündelten Ansprüchen in einem Verfahren abzuarbeiten. Dass sich in der Folge einige Gerichte für die Argumente der Beklagtenseite leichter erwärmen ließen, konnte nicht völlig überraschen.[33] Die dadurch verursachte Rechtsunsicherheit verschärfte das Problem zwischenzeitlich, da sich bis zu einer höchstrichterlichen Klärung auch der vom Sammelklage-Inkasso aufzubauende Vergleichsdruck nicht voll verwirklichen konnte.

Inzwischen haben allerdings eine Vielzahl von BGH-Entscheidungen, darunter vier BGHZ-Entscheidungen von drei Senaten,[34] die umstrittenen Rechtsfragen so weit geklärt, dass an der grundsätzlichen Zulässigkeit keine ernstlichen Zweifel mehr bestehen können.[35] Da ohnehin nur eine Nichtigkeit der Abtretungen in Frage kommt, soweit eine aus Sicht der Auftraggeber:innen „eindeutige“ Überschreitung der Inkassobefugnis vorliegt,[36] kann sich die Beklagtenseite keine ernsthaften Hoffnungen mehr machen, dass ein Sammelklage-Inkassoverfahren an formalen Hürden scheitert.

---

[32] Vgl. zum Hintergrund *Gnirke*, Der Spiegel Nr. 15 v. 6. April 2019, 68 f.

[33] Vgl. zuletzt noch *Petrasincu/Unseld*, NZKart 2023, 9 zur Entscheidung LG Mainz, Urteil v. 7. Oktober 2022, 9 O 125/20, BeckRS 2022, 34038, in der die BGH-Rechtsprechung zum Sammelklage-Inkasso auf der anderen Seite teilweise nicht einmal rezipiert wurde.

[34] BGH, Urteil v. 27. November 2019, VIII ZR 285/18, BGHZ 224, 89 – *Lexfox I*; BGH, Urteil v. 27. Mai 2020, VIII ZR 45/19, BGHZ 225, 352 – *Lexfox IV;* BGH, Urteil v. 13. Juli 2021, II ZR 84/20, BGHZ 230, 255 – *AirDeal;* BGH, Urteil v. 13. Juni 2022, VIa ZR 418/21 – *financialright*.

[35] Vgl. *Augenhofer*, NJW 2022, 3323.

[36] Vgl. das umstrittene *obiter dictum* bei BGH, Urt. v. 27. November 2019, VIII ZR 285/18, BGHZ 224, 89, Rn. 91 – *Lexfox I*; kritisch dazu *Tolksdorf*, MDR 2021, 1233.

6 Inkrementelle Fortentwicklung des kollektiven Rechtsschutzes

Bei aller Kritik am *status quo* gerät zuweilen aus dem Blick, dass das deutsche Prozessrecht sich zwar langsam, aber stetig für kollektiven Rechtsschutz öffnet. Dass die formal etablierten, auf Verbraucheransprüche und Verbandsklagen beschränkten Verfahren viel Kritik provoziert haben und der Kampf um die Zulässigkeit des Sammelklage-Inkassos viel Aufmerksamkeit auf sich gezogen hat, sollte dies nicht gänzlich verdrängen.

In den nächsten Jahren steht eine Konsolidierungsphase an, bei der gerade auch die Justiz in die Lage versetzt werden muss, mit den entsprechenden Großverfahren besser umzugehen. Das Thema Digitalisierung nimmt hier einen wichtigen Platz ein. Aber auch die personelle Ausstattung und Professionalisierung von mit solchen Verfahren befassten Spruchkörpern sollte in Zukunft noch mehr Beachtung finden. Die Idee des Referentenentwurfs des Verbraucherrechtedurchsetzungsgesetzes (VDuG) mit dem Ziel der Schaffung eines gerichtlich überwachten Sachwalters, die Spruchkörper von der monotonen Prüfung von gleichartigen Ansprüchen zu entlasten (§ 23 DuG-Ref.-E), geht in die richtige, pragmatische Richtung. Zugang zum Recht in Massenschadensfällen muss nicht bedeuten, dass jeder Anspruch von drei Berufsrichter:innen selbst dann geprüft wird, wenn die Gegenseite keine substantiierten Einwände erhebt. So wie auch der/die Abnehmer:innen eines aus der Massenproduktion stammenden Produkts bewusst auf ein handgefertigtes Einzelstück verzichtet, muss sich auch der Rechtsstaat damit anfreunden, dass in Massenschadensfällen kollektiver Rechtsschutz mit Gruppenvergleichen, Pauschalierungen und Schadensschätzungen einhergehen kann. Die damit notwendigen, auf Massenschadensfälle zugeschnittenen Anpassungen des Verfahrensrechts halten dann der Justiz den Rücken frei, um auch die klassischen Einzelverfahren (wieder) mit der gebotenen Fokussierung auf den Einzelfall durchzuführen.

Literatur

Augenhofer, Susanne, Sammelklagen-Inkasso und ausländisches Sachrecht, NJW 2022, 3323

Deutscher Juristentag, Gutachten und Abstimmungsergebnisse des 72. Deutschen Juristentages in Leipzig 2018, München 2018

Engler, Katharina, Die Bedeutung der unechten Legal Tech-Sammelklagen für den kollektiven Rechtsschutz, Baden-Baden 2022

Fratzscher, Marcel, Verteilungskampf – Warum Deutschland immer ungleicher wird, München 2017

Gnirke, Kristina, Windige Helfer, Der Spiegel Nr. 15 v. 6. April 2019, 68

Gsell, Beate, Kollektive Schadensereignisse erfordern kollektive Klageinstrumente, ZRP 2021, 166

Heese, Michael/Schumann, Ekkehard, Ein Vorabentscheidungsverfahren beim BGH, NJW 2021, 3023

Makatsch, Tilman/Kacholdt, Babette, Kartellschadensersatz und Bündelungsmodelle im Lichte von Prozessökonomie, Grundrechten und effektivem Rechtsschutz, NZKart 2021, 486

Morell, Alexander, Keine Kooperation ohne Konflikt, JZ 2019, 809

Petrasincu, Alex/Unseld, Christopher, Das Sammelklage-Inkasso im Lichte der BGH-Rechtsprechung und der RDG-Reform, NJW 2022, 1200

Petrasincu, Alex/Unseld, Christopher, Vom Leitbild des Inkassos und dem Zusammenspiel beweglicher Teile, NZKart 2021, 280

Petrasincu, Alex/Unseld, Christopher, Zulässigkeit des Sammelklage-Inkassos nach den financialright-Entscheidungen des BGH, NZKart 2023, 9

Römermann, Volker, LegalTech, Der BGH macht den Weg frei – aber wohin führt er?, VuR 2020, 43

Rother, Christopher/Unseld, Christopher, Private Enforcement als Kernidee des kollektiven Rechtsschutzes, ZPO-Blog v. 9. August 2018, abrufbar unter https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/zpoblog/private-enforcement-kollektiver-rechtsschutz-europarecht

Stadler, Astrid, Zulässigkeit von Inkasso-Bündelungs- und Finanzierungsmodellen nach RDG, RDi 2021, 513

Tolksdorf, Klaus, Das „Lexfox-Urteil“ des BGH und die Bedeutung des § 3 RDG für registrierte Inkassodienstleister, MDR 2021, 1233

Unseld, Christopher, Der Traum vom apolitischen Zivilprozessrecht, ZPO-Blog v. 30. Mai 2020, abrufbar unter https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/zpoblog/musterfeststellungsklage-kollektiver-rechtsschutz-apolitisches-zivilprozessrecht-systemwidrigkeit-kollektiver-rechtsschutz-unseld

Unseld, Christopher, Digitale Skalierbarkeit, in: Riehm, T. und Dörr, S. (Hrsg.), Digitalisierung und Zivilverfahren, 2023 (i.E.)

Bewältigung von Massenverfahren durch Legal Tech

Dr. Annekathrin Schmoll und Anna Katharina Zitt

1 Einleitung

In den letzten Jahren haben Massenverfahren kontinuierlich an Bedeutung gewonnen. 2019 waren tausende Verfahren an deutschen Gerichten anhängig. Die unübersehbare praktische Relevanz zeigt sich exemplarisch bei den Dieselverfahren oder in den Kapitalanlagefällen. Damit einher geht eine erhebliche Belastung der deutschen Gerichte – sei es personeller wie auch struktureller Natur. Laut der Präsidentin des Bundesgerichtshofs *Limperg* würden alleine schon die Dieselverfahren ausreichen, um die Kapazitäten des Bundesgerichtshofs zu sprengen.[1] Das Narrativ der „Klageindustrie" aus dem US-Amerikanischen hat in Deutschland mittlerweile auch Eingang gefunden. Die Anwaltschaft rekurriert daher längst auf Legal Tech-Instrumente. Aus anwaltlicher Sicht ist die Bewältigung von Schriftsätzen in Massenverfahren ohne den Rückgriff auf Legal Tech unmöglich geworden.

---

[1] *Limperg*, NJW 2020, 3011, 3013.

DOI: https://doi.org/10.17875/gup2023-2378

Dieser Beitrag reflektiert den anwaltlichen Einsatz von Legal Tech in Massenverfahren. Die Verfasserinnen blicken ergänzend auf die aktuellen Herausforderungen der Justiz in Massenverfahren und diskutieren Lösungsvorschläge für eine zukünftige Entlastung der Justiz.

2 Massenverfahren

In Anbetracht von immer mehr auftretenden Streu- und Massenschäden gewinnen Massenverfahren erheblich an Bedeutung.[2] Unter einem Massenverfahren sind gemeinhin solche Rechtsstreite zu verstehen, die eine große Menge gleichgelagerter Fälle betreffen, d. h. eine Vielzahl von Fällen mit im wesentlichen gleichem Lebenssachverhalt und im wesentlichen gleichen Rechtsfragen.[3] Trotz der erheblichen praktischen Bedeutung von Massenverfahren übt sich der deutsche Gesetzgeber insoweit nach wie vor in Zurückhaltung. Die Maßnahmen des kollektiven Rechtsschutzes beschränken sich *de lege lata* auf das Jahr 2005 zurückgehende Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG)[4], das Musterfeststellungsklagengesetz (MFK-Gesetz) aus dem Jahr 2018[5] und das Unterlassungsklagengesetz (UKlaG) aus dem Jahr 2002[6]. Verbandsklagen ermöglicht das deutsche Recht nur vereinzelt. Zu nennen sind insoweit die Verbandsklagen im Lauterkeitsrecht (§§ 8, 10 UWG), im Kartellrecht (§§ 33, 34a GWB) und im AGB-Recht (§§ 1, 3 UKlaG).[7] Zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher verpflichtet die europäische Verbandsklagen-Richtlinie den deutschen Gesetzgeber, bis zum 25. Dezember 2022 erstmals eine Sammelklage einzuführen.[8] Vermeintliche Vorteile des kollektiven Rechtsschutzes sollen für die Verbraucher auf der Hand liegen. So sieht etwa § 204 Abs. 1 Nr. 1a BGB die Hemmung der Verjährung durch Erhebung einer Musterfeststellungsklage vor, die Anmeldung zum Klageregister ist für

[2] *Prütting*, ZIP 2020, 197, 197.
[3] DRB, Initiativstellungnahme Nr. 1/22 des Deutschen Richterbundes zur besseren Bewältigung von Massenverfahren in der Justiz, 17.5.2022, S. 7 https://www.drb.de/fileadmin/DRB/pdf/Stellungnahmen/2022/DRB_220513_Stn_Nr_1_Massenverfahren.pdf <Stand: 27.11.2022>.
[4] Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz v. 16.8.2005, BGBl I 2437, am 1.11.2012 ersetzt durch das Gesetz zur Reform des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes v. 19.10.2012, BGBl I, 2182, das mit Ablauf des 31.12.2023 außer Kraft tritt.
[5] Gesetz zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage v. 12. 7. 2018, BGBl I 1151, in Kraft seit 1. 11. 2018.
[6] Unterlassungsklagengesetz v. 26.11.2001 (BGBl. I S. 3138, 3173), in der ab 21.8.2002 geltenden Fassung.
[7] Aufzählung durch *Prütting*, ZIP 2020, 197, 199.
[8] Richtlinie (EU) 2020/1828 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2020 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG.

den Verbraucher nicht mit Kosten verbunden und der Verbraucher sieht sich generell keinem Prozesskostenrisiko ausgesetzt.

Ein Blick in die Liste der öffentlich bekannt gemachten Musterfeststellungsklagen legt den Schluss nahe, dass sich ein Großteil der Verbraucher nach wie vor für den Individualrechtschutz entscheiden; zurzeit gibt es kaum Musterfeststellungsklagen.[9] Dies ist wohl verschiedenen Problemen geschuldet.

Probleme ergeben sich für die Verbraucher etwa aus Unsicherheiten über die Wirksamkeit der einzelnen Anmeldungen (individuelle Anspruchsberechtigung) und aus Unsicherheiten, die mit der Zwangsvollstreckung verbunden sind.[10]

Grund für die Unattraktivität der Musterfeststellungsklage ist sicherlich auch, dass das Gericht nach § 606 Abs. 1 S. 1 ZPO lediglich Feststellungen bezüglich des Vorliegens oder Nichtvorliegens von tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen für das Bestehen oder Nichtbestehen von Ansprüchen oder Rechtsverhältnissen trifft. Dies zwingt den Verbraucher notwendigerweise anschließend zu einem Individualverfahren in Form einer Leistungsklage. Diese Zweistufigkeit des Verfahrens verlängert die Verfahrensdauer zu Lasten der Verbraucher erheblich und trägt überdies gerade nicht zu einer Entlastung der Gerichte bei.[11]

3 Der Einsatz von Legal Tech in Massenverfahren

3.1 Herausforderungen für die Beklagte

Bei der Bearbeitung eines Massenverfahrens ist ein beklagtes Unternehmen vor große Herausforderungen gestellt. Diese ergeben sich insbesondere bei der Auswertung von Schriftsätzen und der Erfassung des Sachverhalts.

Zu beobachten ist, dass Kläger in ihren Klageschriften ausufernd vortragen; ja sogar in dem Sinne, dass sie weitaus mehr vortragen, als erforderlich. Dies resultiert sicherlich auch daraus, dass für die Kläger im Hinblick auf die Substantiierungsschwelle Unklarheiten bestehen.

So werden regelmäßig Tatsachen vorgetragen, die für die Substantiierung nicht erforderlich sind. Die ZPO sieht insbesondere noch keine klaren Regelungen vor, um diesem Problem effizient entgegenzuwirken. Vielmehr macht ein Blick in die ZPO deutlich, dass die Anforderungen an eine Klageschrift rein formaler Natur sind, § 253 Abs. 6 ZPO.

---

[9] Vgl. Klageregister des Bundesjustizamtes https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Verbraucherrechte/Musterfeststellungsklagen/Klageregister/Klageregister_node.html <Stand: 27.11.2022>.

[10] *Prütting*, ZIP 2020, 197, 201.

[11] Ebenda.

Aus diesem Grund muss die Beklagte – dies natürlich nicht nur bei Massenverfahren – zunächst den Tatsachenvortrag dahingehend auswerten, dass er den relevanten von dem irrelevanten Vortrag abgrenzt. Das gleiche Problem führt auch zu einer Überlastung der Gerichte. So schildern beispielsweise RiOLG Müller und RiLG Gomm, dass es inzwischen zur Hauptaufgabe der Gerichte zähle, „aus einer oft hoch dreistelligen Blattzahl der Akte, die – oft wenigen – für das konkrete Verfahren relevanten Informationen herauszufiltern“.[12]

3.2 Erforderliche Arbeitsschritte für die Beklagte

Nach Zustellung der Klage muss die Beklagte – vereinfacht dargestellt – folgende Aufgaben bewältigen:

- Notieren der Fristen
- Falls erforderlich: Stellen von Fristenverlängerungsanträgen
- Auswerten der Klageschrift
- Recherche von Rechtsprechung und Literatur
- Erstellung der Klageerwiderung und ggf. weiterer Schriftsätze[13]
- Vorbereitung der mündlichen Verhandlung
- Abwicklung nach einem Urteil bzw. nach einem Vergleich

Im Rahmen eines Massenverfahrens muss die Beklagte all diese Schritte in jedem einzelnen Verfahren bewältigen; d. h. sie muss diese Aufgaben tausendfach erfüllen.

3.3 Einfallstore für Legal Tech

Bei der Bewältigung dieser Aufgaben ist die Beklagte jedoch nicht auf sich alleine gestellt. Vielmehr kann nahezu jede dieser Aufgaben durch den Einsatz von Legal Tech-Mechanismen gelöst werden. Lediglich bei der Recherche von Rechtsprechung und Literatur gibt es bislang noch keine gut funktionierende Lösung. Ein Blick nach Kanada zeigt jedoch, dass dies im Grunde möglich ist. So gibt es dort bereits juristische Prognosemaschinen, denen es gelingt, das Ergebnis eines Gerichtsprozesses zu berechnen. Hierzu werden maschinelle Lernmodelle entwickelt, welche den Bestand einschlägiger Präzedenzfälle und das jeweilige Faktenmuster eines Falles als Datengrundlage verwenden.[14] Diese Lösung ist in Kanada möglich, da dort auf eine geeignete Datengrundlage zurückgegriffen werden kann. In Kanada sind alle Gerichtsentscheidungen frei zugänglich veröffentlicht. In Deutschland hingegen, werden zum einen nicht alle Entscheidungen veröffentlicht und erfordern zum anderen auch in vielen Fällen Zugang zu besonderen Datenbanken (beck-online, juris).[15]

[12] *Müller/Gomm*, jM 2021, 266, 266.
[13] Dieser Beitrag beleuchtet aus Übersichtlichkeitsgründen allein die Klageerwiderung.
[14] Vgl. *Toews*, Forbes 2019, https://www.forbes.com/sites/robtoews/2019/12/19/ai-will-transform-the-field-of-law/?sh=3731c8e57f01 <Stand: 23.02.2023>.
[15] Vgl. *Kahle*, LTZ 2022, 170, 173.

3.4 Erstellen von Musterschriftsätzen mit Hilfe von Legal Tech

Zu Beginn wertet die Beklagte die Schriftsätze manuell aus. Sie untersucht diese darauf, ob ein gewisser Grad an Standardisierung und Verallgemeinerung erkennbar ist. Nur wenn dies der Fall ist, eignet sich das Verfahren überhaupt erst für digitale Prozesse.

In einem weiteren Schritt identifiziert die Beklagte wiederkehrende Themengebiete und erstellt Mustertexte hierzu, die mit Bedingungen verknüpft werden. Diese sind der Ausgangspunkt und bilden zugleich den Schwerpunkt der anwaltlichen Tätigkeit im Rahmen eines Massenverfahrens. Die Mustertexte unter Zugrundelegung der Bedingungen werden anschließend digitalisiert, sodass automatisiert Schriftsätze mit Hilfe einer Schriftsatzentwurfsmaske erstellt werden können. Auf diesem Weg können Schriftsätze innerhalb von nur wenigen Sekunden erstellt werden. Unumgänglich ist es jedoch, dass der Schriftsatz final noch einmal durch einen Anwalt geprüft wird. Nur auf diesem Weg kann gewährleistet werden, dass der erwidernde Schriftsatz proportional zum Schriftsatz des Klägers ist und die richtigen Wertungen enthält. Eingereicht wird der Schriftsatz schließlich via beA.

Für ein beklagtes Unternehmen helfen digitale Lösungen, Klagefluten effizient zu bewältigen. Allerdings sind bislang noch keine finalisierten Lösungen gefunden worden, um die Gerichte bei der Bewältigung zu unterstützen bzw. vor diesen zu schützen.

4 Massenverfahren und die Justiz

4.1 Aktuelle Herausforderungen

Massenverfahren haben erhebliche Auswirkungen auf die deutsche Justiz. Gerichte sind überlastet, die personellen Kapazitäten sind erschöpft und die Einhaltung der Qualitätsstandards bei der Bearbeitung der Verfahren sind gefährdet. Auch der Deutsche Richterbund referiert daher in einem Arbeitspapier über mehrere Richterinnen und Richter, die über aktuelle Herausforderungen der Justiz berichten. Der Rechtsstaat, die mentale Gesundheit sowie die Motivation der Rechtsanwender seien durch die stetige Belastungssituation gefährdet.[16]

4.2 Lösungsvorschläge für eine Entlastung der Justiz

Um der Überlastung der Gerichte entgegenzuwirken, sollte zwingend gehandelt werden. Evident würde zur Entlastung der Justiz eine Stärkung der personellen Ressourcen der Gerichte beitragen.

---

[16] DRB, Initiativstellungnahme Nr. 1/22 des Deutschen Richterbundes zur besseren Bewältigung von Massenverfahren in der Justiz, 17.5.2022, S. 6. https://www.drb.de/fileadmin/DRB/pdf/Stellungnahmen/2022/DRB_220513_Stn_Nr_1_Massenverfahren.pdf <Stand: 27.11.2022>.

4.2.1 Stärkung der Rechte der Rechtsschutzversicherer

Zudem könnten die Rechte der Rechtschutzversicherer gestärkt werden. Beispielsweise wäre eine Regelung denkbar, die es einem Rechtsschutzversicherer ermöglicht, in seinen AGB zu regeln, dass ein versicherter Kläger erst eine Deckungszusage für einen Individualverfahren erhält, nachdem er sich einer Musterfeststellungsklage angeschlossen hat.

4.2.2 Anpassung des Streitwerts bei der Musterfeststellungsklage

Der Streitwert der Musterfeststellungsklage ist bei 250.000 € gedeckelt und dies unabhängig davon, wie viele Verbraucher sich der Musterfeststellungsklage anschließen. Dies macht die Musterfeststellungsklage für einige Klägervertreter sehr unattraktiv. Es würde sich daher anbieten, diese Marke aufzuheben oder anzuheben. Anbieten würde sich z. B. ein Streitwert, der sich an der Anzahl der Verbraucher orientiert.

4.2.3 Anpassung der Rechtsanwaltsgebühren für gleichgelagerte Einzelfälle

Denkbar wäre es auch, dass sich die Rechtsanwaltsgebühren für gleichgelagerte Fälle ab dem 51. Fall reduzieren, da die folgenden Verfahren aufwandstechnisch geringer einzuschätzen sind. Diese 50er-Schwelle orientiert sich an der Zulässigkeitsschwelle für die Musterfeststellungsklage, § 606 Abs. 3 Nr. 3 ZPO. Dies würde möglicherweise die Vertreter der Kläger motivieren, ihre Mandanten eher dazu zu bewegen, sich einer Musterfeststellungsklage anzuschließen oder gar Musterfeststellungsklagen zu initiieren.

4.2.4 Kanalisierung der Klageströme

Eine weitere Möglichkeit wäre es, die Klageströme zu kanalisieren. So könnten etwa die gesamten anhängigen und rechtshängigen Verfahren nachträglich über Gerichtsgrenzen hinweg gebündelt werden. Insoweit lohnt sich ein Blick in die USA. Der Gesetzgeber (United States Congress) hat in 28 U.S.C. § 1407 sog. multi district litigation (multidistriktale Rechtsstreitigkeiten) normiert. Danach können Rechtsstreite, die eine oder mehrere gemeinsame Tatsachenfragen betreffen und in verschiedenen Bezirken anhängig sind, an einen beliebigen Bezirk für koordinierte oder konsolidierte Vorverfahren übertragen werden, wobei sie nach wie vor als getrennte Verfahren beurteilt werden.[17] Die Verfahren werden zu Leitverfahren gebündelt, was Ausstrahlungswirkung für alle anderen Verfahren hat. Ein solches Vorgehen soll die Belastung der Bundesbezirksgerichte verringern, die Verfahren für die Parteien bequemer machen und die Gesamteffizienz der Gerichte fördern.[18]

---

[17] Die Norm ist unter https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1407 abrufbar <Stand: 29.11.2022>.

[18] Legal Information Institute (LII), Multidistrict Litigation, https://www.law.cornell.edu/wex/multidistrict_litigation <Stand: 29.11.2022>.

4.2.5 BGH-Vorabentscheidung bzw. richterliche Vorabentscheidung

Einen weiteren Schritt zur Entlastung der Gerichte könnte die Etablierung der BGH-Vorabentscheidung sein. Gemeint ist damit der Fall, dass der BGH in einem Massenverfahren abschließend über eine grundsätzliche Rechtsfrage entscheidet. Dadurch könnten zeit- und kostenintensive Beweisaufnahmen verhindert werden.[19] Es könnte auch generell praktikabel sein, in Massenverfahren ein Vorabentscheidungsverfahren beim zuständigen Revisionsgericht einzuführen. Dies würde Ressourcen schonen, von denen sowohl das Instanz- als auch das Revisionsgericht profitieren kann.[20]

4.2.6 Erweiterung der Aussetzungsmöglichkeiten

Denkbar wäre auch, die Aussetzungsmöglichkeiten zu erweitern. Eine Entlastung der Justiz könnte dadurch hergestellt werden, dass es dem einzelnen Richter ermöglicht wird, eine in Rechtskraft erwachsende Entscheidung eines gleichgelagerten Falls mit demselben Lebenssachverhalt abwarten zu können.[21]

In Betracht käme auch, die Aussetzungsmöglichkeiten der Musterfeststellungsklage dahingehend zu erweitern, dass eine laufende Musterfeststellungsklage Individualklagen aussetzt. *De lege lata* sieht das Recht der Musterfeststellungsklage lediglich zwei Aussetzungsmöglichkeiten vor. Zum einen nach § 613 Abs. 2 ZPO, wenn sich ein Verbraucher im Klageregister angemeldet hat und seine Klage mit den Ansprüchen, oder mit dem Sachverhalt, mit dem er sich angemeldet hat, zu den Feststellungszielen und dem Lebenssachverhalt der Musterfeststellungsklage passt. Zum anderen nach der in § 148 Abs. 2 ZPO, wonach das Verfahren eines Unternehmers – der sich der Musterfeststellungsklage nicht anschließen kann – ausgesetzt werden kann, wenn der Lebenssachverhalt mit dem der Musterfeststellungsklage identisch ist. Eine gleichlautende Regelung betreffend einen Verbraucher, der nicht angemeldet ist, gibt es hingegen noch nicht, wäre aber wünschenswert.[22] Bei einer Regelung könnte § 8 KapMuG als Vorbild dienen. Danach hat das Prozessgericht die Möglichkeit, nach der Bekanntmachung des Vorlagebeschlusses im Klageregister von Amts wegen alle bereits anhängigen oder bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Feststellungsziele im Musterverfahren noch anhängig werdenden Verfahren auszusetzen, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits von den geltend gemachten Feststellungszielen abhängig ist.

---

[19] *Heese/Schumann*, NJW 2021, 3023, 3023.

[20] Vgl. DRB, Initiativstellungnahme Nr. 1/22 des Deutschen Richterbundes zur besseren Bewältigung von Massenverfahren in der Justiz, 17.5.2022, S. 14. https://www.drb.de/fileadmin/DRB/pdf/Stellungnahmen/2022/DRB_220513_Stn_Nr_1_Massenverfahren.pdf <Stand: 27.11.2022>.

[21] *Stackmann*, ZRP 2021, 189, 191.

[22] Ebenda.

4.2.7 Erweiterung der Kompetenzen der Gerichte/ „Mehr § 139 Abs. 1 S. 3 ZPO"

Eine weitere Möglichkeit könnte eine Stärkung der Kompetenzen der Gerichte dahingehend sein, dass diese den Prozessstoff optimaler und strenger strukturieren können. Das Gericht hat die materielle Prozessleitung inne. Mit der Einführung der Vorschrift des § 139 Abs. 1 S. 3 ZPO hat der Gesetzgeber dem Gericht eine explizite Einwirkungsmöglichkeit auf den Parteivortrag eingeräumt.[23] Danach kann das Gericht das Verfahren durch Maßnahmen der Prozessleitung strukturieren und den Streitstoff abschichten. Dies bietet sich gerade in Massenverfahren an, in denen der Prozessstoff häufig komplex ist.[24] Bei wiederkehrenden Themengebieten könnte das Gericht die Struktur des Parteivortrages etwa durch Übermittlung eines Fragenkatalogs an die Parteien steuern. Freilich müsste ein solcher Katalog mit dem Beibringungsgrundsatz im Einklang stehen.[25]

Anbieten könnte es sich zudem, sich Regelungen zur Strukturierung des Prozessstoffes aus Schiedsordnungen als Vorbild zu nehmen (z. B. „Case Management Conference"). So könnten in einer Case Management Conference die tatsächlichen Streitpunkte erörtert und daran das weitere Verfahren, insbesondere die Schriftsatzrunden, ausgerichtet werden. Nordrhein-Westfalen hat bereits die Kompetenzen der Richterinnen und Richter bei Unternehmenstransaktionen gestärkt und ermöglicht in solchen Streitigkeiten, mit den Parteien Vorbesprechungen zu führen, um eine optimale Strukturierung des Verfahrens zu erreichen.[26] Denkbar wäre auch – in Anlehnung an die „Notice of Arbitration"/„Response to the Notice of Arbitration" gemäß der UNCITRAL Arbitration Regeln – einen Zivilprozess vor einem staatlichen Gericht mit einleitenden kurzen Schriftsätzen und niedriger Substantiierungsschwelle beginnen zu können. Hängt das weitere Verfahren beispielsweise davon ab, ob Ansprüche verjährt sind, könnte das Gericht verfügen, dass die Parteien zunächst nur zur Verjährung vortragen.

4.2.8 Digitalisierung der Justiz vorantreiben

Parallel muss die Digitalisierung der Justiz weiter vorangetrieben werden. So sollten Legal Tech-Instrumente auch in der Justiz implementiert werden, um den Richterinnen und Richtern zu assistieren und so zu einer personellen Ressourcenschonung beizutragen. Einzelne Modellprojekte zum Einsatz von künstlicher Intelligenz befinden sich auch in der Justiz bereits in den Startlöchern. Exemplarisch zu nennen ist hier der Einsatz der Codefy-Software am LG Ingolstadt.[27]

---

[23] Musielak/Voit/*Stadler*, 19. Aufl. 2022, ZPO § 139 Rn. 16a.
[24] Ebenda.
[25] *Gutdeutsch/Maaß*, NJW 2022, 1567, 1569.
[26] Vgl. https://www.justiz.nrw/JM/qualitylaw/mergers_acquisitions/index.php <Stand: 29.11.2022>.
[27] Vgl. hierzu etwa *Kahle*, LTZ 2022, 170, 171f.

5 Conclusio

Seitens der Beklagten lassen sich die mit den Massenverfahren verbundenen Herausforderungen durch den Einsatz von Legal Tech-Instrumenten gut bewältigen. Es bleibt zu hoffen, dass ebenfalls die Gerichte von den Chancen der Digitalisierung profitieren und dies auch die Arbeitsbelastung der Richterinnen und Richter schmälert.

Literatur

DRB, Initiativstellungnahme Nr. 1/22 des Deutschen Richterbundes zur besseren Bewältigung von Massenverfahren in der Justiz, 17.5.2022, S. 7, https://www.drb.de/fileadmin/DRB/pdf/Stellungnahmen/2022/DRB_220513_Stn_Nr_1_Massenverfahren.pdf <Stand: 27.11.2022>

Gutdeutsch, Werner/Maaß, Martin, Gerichtliche Begrenzung des Parteivortrags in Massenverfahren, NJW 2022, 1567–1570

Heese, Michael/Schumann, Ekkehard, Ein Vorabentscheidungsverfahren beim BGH, NJW 2021, 3023–3029

Kahle, Christoph, Legal Tech-Assistenzsysteme im Lichte der richterlichen Unabhängigkeit, LTZ 2022, 170–173

Limperg, Bettina, „Fusion aus Tradition und Moderne" – 70 Jahre Bundesgerichtshof, NJW 2020, 3011–3017

Musielak, Hans Joachim/Voit, Wolfgang, Zivilprozessordnung, 19. Auflage 2022

Müller, Dennis/Gomm, Jens, Die Digitalisierung der Justiz am Beispiel des Zivilprozesses– von Thesen zur Umsetzung (Teil 2), jM 2021, 266–269

Prütting, Hanns, Neue Entwicklungen im Bereich des kollektiven Rechtsschutzes, ZIP 2020, 197–203

Stackmann, Nikolaus, Wie lassen sich Massenverfahren bewältigen?, ZRP 2021, 189–191

Toews, Rob, AI Will Transform The Field Of Law, Forbes 2019, https://www.forbes.com/sites/robtoews/2019/12/19/ai-will-transform-the-field-of-law/?sh=3731c8e57f01 <Stand: 23.02.2023>

Tagungsbericht zum zweiten Kolloquium „Digitalisierung bei Massenverfahren“

Franz Karl Gätjen

Am 4.2.2022 fand das zweite Kolloquium der „Göttinger Kolloquien zur Digitalisierung des Zivilverfahrensrechts“ im Wintersemester 2021/22 zum Thema „Digitalisierung bei Massenverfahren“ statt. Nach einer kurzen Begrüßung der Teilnehmerinnen und Teilnehmer und Referentinnen und Referenten durch Prof. Dr. *Philipp M. Reuß*, MJur (Oxford) und dem Richter am Amtsgericht *Benedikt Windau*, begann Prof. Dr. *Caroline Meller-Hannich* von der Universität Halle-Wittenberg ihren Vortrag, in dem sie einen Einblick in die wissenschaftliche Perspektive auf die Potentiale der Digitalisierung bei Massenverfahren gab. Im Anschluss stellte Rechtsanwalt Dr. *Christopher Unseld* von der Kanzlei Hausfeld in Berlin die Klägersicht auf die Digitalisierung von Massenprozessen dar. Hiernach folgte der Vortrag von Rechtsanwältin Dr. *Annekathrin Schmoll* von Gibson Dunn & Crutcher LLP in Frankfurt a. M., in dem sie die Beklagtenseite erläuterte.

Auf die Referate folgte eine von *Reuß* und *Windau* moderierte Diskussion, in der die Teilnehmerinnen und Teilnehmer den Referentinnen und Referenten Fragen stellen und Anmerkungen zu den Vorträgen machen konnten. Zunächst nahm

DOI: https://doi.org/10.17875/gup2023-2379

Meller-Hannich zu dem von *Schmoll* gemachten Vorschlag Stellung, in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) der Rechtsschutzversicherungen eine Klausel aufzunehmen, die die Parteien zur Teilnahme an einer Musterfeststellungsklage vor Inanspruchnahme der Rechtsschutzversicherung zwingt. Diesen halte sie für bedenklich. Man dürfe den Parteien den Rechtsstreit nicht aus der Hand nehmen. Dies gelte insbesondere vor dem Hintergrund, dass mit der Musterfeststellungsklage kein Leistungstitel erwirkt werden könne. Auch das Vorlageverfahren zum Bundesgerichtshof (BGH) sei aus ihrer Sicht in der von *Schmoll* vorgeschlagenen Form unglücklich, solange es mit einem konkreten Rechtsstreit zusammenhängt. Insbesondere die mit einem solchen Verfahren verbundene Verzögerung des Prozesses könne nicht gewollt sein. Das Musterfeststellungsverfahren müsse vielmehr als solches attraktiver gemacht werden. Darauf erwiderte *Schmoll,* die mit dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG) verfolgte Intention (Vereinfachung der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen vieler Kapitalanleger) müsse weiterentwickelt werden. Diese Entwicklung dürfe jedoch nicht auf dem Rücken des individuellen Klägers ausgetragen werden. Nichtsdestotrotz stelle sich die Realität aus ihrer Sicht anders dar. Der Zwang zur Teilnahme an Musterfeststellungsverfahren sei aktuell aus Sicht der Beklagten erforderlich, um der „Klägerindustrie“ entgegenzuwirken.

In seinem Redebeitrag merkte Prof. Dr. *Christian Wolf* von der Universität Hannover an, dass der Vorschlag von *Schmoll* zur Kappung der Anwaltsansprüche ab 50 Verfahren nicht fernliegend sei. Die Gebührenordnung sei auf individuell entwickelte Klagen zugeschnitten. Es stelle sich jedoch die Frage, ob eine solche Kappung nicht auch auf Beklagtenseite sinnvoll wäre. Das von *Schmoll* vorgeschlagene Vorabentscheidungsverfahren zu Beginn des Verfahrens halte er dagegen in einem so frühen Stadium des Verfahrens für problematisch. Der Weg durch die Instanzen sei für die Entscheidungsfindung des BGH und der Qualität des Urteils elementar. Hierauf erwiderte *Schmoll,* die Deckelung der Beklagtenseite sei nicht erforderlich. Denn soweit die Abrechnung nach RVG erfolge, sei eine Deckelung bereits vorgesehen. Im Übrigen würde eine Deckelung der Beklagtenhonorare die Musterfeststellungsklage nicht attraktiver machen. Darüber hinaus sei der Verbraucher durch höhere Ausgaben auf Beklagtenseite nicht belastet. Die Stundensätze der Beklagtenvertreter würden privatautonom vereinbart und entsprechend vergütet. Dem entgegnete *Wolf*, dass der klagende Verbraucher durch einen finanziellen Vorteil des Beklagten benachteiligt sei. Dem stimmte *Schmoll* im Ergebnis zu und merkte an, dass die Musterfeststellungsklage zur Beseitigung des finanziellen Ungleichgewichts attraktiver gemacht werden müsse. *Unseld* ergänzte, dass eine Deckelung nicht praktikabel sei, da die Beklagten ohnehin Wege finden würden, die Deckelung zu umgehen.

Im Anschluss warf Dr. *Jakob Horn*, LL.M. (Harvard) von der Humboldt-Universität zu Berlin den Punkt der Verfahrenskonzentration auf. Er stellte die These in den Raum, ob nicht eine Verfahrenskonzentration nach dem Vorbild der USA erfolgen könne. Dort sei es den Beklagten möglich, das Gericht aufzufordern,

die Sache aus einem wichtigen Grund an ein anderes, besser geeignetes Gericht zu verweisen. Ein solcher Grund könne insbesondere darin bestehen, dass bei diesem Gericht gleich gelagerte Verfahren anhängig sind. Dementsprechend würden alle Verfahren an dieses Gericht gebunden und es könne eine Musterentscheidung ergehen. Darüber hinaus stelle sich die Frage, welche technischen Mittel für eine solche Bündelung nötig wären. Hierauf erwiderte *Schmoll*, es sei wünschenswert, die Justiz mit denselben Managementsystemen auszustatten, die auch Anwälten zur Verfügung stehen. Jedenfalls sei der Umgang mit Programmen wie Excel notwendig. Zur Frage, ob eine wie von *Horn* in den Raum gestellte Verfahrenskonzentration nach dem Vorbild der USA möglich wäre, verwies *Schmoll* auf die Notwendigkeit von Zuständigkeitsverordnungen. Für diese könnte sich am Beispiel Hessens orientiert werden.

Darauffolgend stellte *Reuß* die Frage, inwieweit es den Interessen der Anwaltschaft zuwiderliefe, wenn die Gerichte mit Software ausgestattet wären, die Argumentationsstrukturen erkennen könnten. Darüber hinaus führte *Reuß* noch eine weitere Möglichkeit zur Entscheidungsfindung in Form einer sog. Gutachtenentscheidung des BGH in die Diskussion ein. Im Rahmen eines solchen Verfahrens solle der BGH die Möglichkeit bekommen, ohne an ein konkretes Verfahren gebunden zu sein, über eine abstrakte Rechtsfrage zu entscheiden.

Hierzu merkte *Meller-Hannich* an, dass eine solche Gutachtenlösung zu abstrakten Rechtsfragen die Parteiautonomie weniger beeinträchtigen würde als der Zwang zur Teilnahme an einer Musterfeststellungsklage. Aus ihrer Sicht bestünden jedoch zwei Probleme, die gelöst werden müssten. Einerseits bestehe die Gefahr, dass in der Berufungs- oder Revisionsinstanz ein Vergleich geschlossen wird und die Rechtsfrage deshalb nicht geklärt werden kann. Andererseits müsse eine Lösung für den Fall gefunden werden, dass ein Instanzgericht das Vorliegen eines Masseverfahrens feststellt und sodann eine Rechtsauskunft benötigt. Aus ihrer Sicht sei ein wie von *Reuß* vorgeschlagenes Modell besser geeignet, die genannten Problematiken zu lösen, als der Zwang zur Teilnahme an einer Musterfeststellungsklage. Außerdem plädierte *Meller-Hannich* dafür, dass im Rahmen der Umsetzung der Verbandsklagenrichtlinie[1] ein besonderer Blick auf die Entlastung der Justiz und Massenverfahren gelegt werden müsse. *Unseld* stimmte *Wolf* zu, dass das Durchlaufen der Instanzen für ein Urteil großen Wert habe. Allerdings sei festzustellen, dass ein Durchlaufen der Instanzen in Massenverfahren in der Regel nicht möglich ist. Er könne sich zur Lösung der von *Meller-Hannich* beschriebenen Probleme eine Form der Fortsetzungsfeststellungsklage vorstellen, mit der die Rechtsfrage unabhängig von einer Erledigung in der Berufungs- oder Revisionsinstanz auf Antrag des Klägers entschieden wird.

[1] Richtlinie (EU) 2020/1828 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2020 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG.

Auch *Schmoll* befürwortete den Vorschlag, den BGH unabhängig vom Rechtsstreit eine abstrakte Rechtsfrage entscheiden zu lassen. Die von *Reuß* aufgeworfene Frage, ob sich die Anwaltschaft vor der Digitalisierung der Justiz fürchte, verneinte *Schmoll*. Sie würde eine solche vielmehr begrüßen, denn hierdurch könnten die kanzleiinternen Verarbeitungsprozesse erleichtert werden. *Windau* merkte ergänzend an, er halte die Auswertung von Schriftsätzen durch künstliche Intelligenz (KI), die Argumentationsstrukturen erkenne, aus rechtsstaatlicher Sicht für bedenklich. Darauf erwiderte *Meller-Hannich*, dass die Grenze zwischen Hilfsarbeiten durch KI und richterliche Entscheidung nicht trennscharf zu ziehen sind. Sie hielt den Bedenken von *Windau* entgegen, dass insbesondere im Bereich des Tatsachenstoffes der Einsatz von KI möglich und sinnvoll wäre. Sie sehe den gesetzlichen Richter nicht berührt. *Reuß* ergänzte hierzu, dass jeder Richter das Ergebnis der KI ohnehin überprüfen müsse. Außerdem habe sich der Einsatz von Technologie bereits im Rahmen der Versorgungsausgleichberechnung bewährt. *Windau* erwiderte, dass nichtsdestotrotz ein großes Missbrauchsrisiko bestehe, welches auf die erhöhte Arbeitsbelastung zurückzuführen sei. Ein von *Reuß* vorgelesener schriftlicher Beitrag aus dem YouTube-Chat merkte an, dass eine Gutachtenentscheidung des BGH starke Ähnlichkeit zur Musterfeststellungsentscheidung des OLG habe und dementsprechend keine Vorteile biete. *Reuß* hielt dem entgegen: Er sehe den Vorteil des Verfahrens darin, dass die Entscheidung unabhängig von einem Rechtsstreit erfolge, sodass der Rechtsschutz keinen Schaden nehme. Darüber hinaus sei vorstellbar, die Gutachtenentscheidung so auszugestalten, dass von ihr eine Bindungswirkung für Folgeverfahren ausgeht.

Abschließend stellte *Philipp Hermann* von der Universität Göttingen die Frage, ob nicht – aufgrund der steigenden Eingangszahlen an den Landgerichten – der Zugang zur Justiz bereits ausreichend attraktiv sei und ob dieser Umstand im Rahmen der Reformdiskussion nicht mehr Berücksichtigung finden müsste. Hierauf erwiderte *Meller-Hannich*, dass nicht nur die Justiz selbst, sondern auch der Zugang zu ihr weiter digitalisiert werden müsse, um die Attraktivität weiter zu steigern.

Hiernach bedankten sich *Reuß* und *Windau* bei den Teilnehmerinnen und Teilnehmern und den Referentinnen und Referenten für die Referate und die Tagungs- und Diskussionsbeiträge und schlossen die Diskussion.

Drittes Kolloquium zum Thema „Digitale Betreuten- und zu Betreuendenanhörung“

https://youtu.be/o6GMXyrNGfE

Die Videoanhörung des zu Betreuenden aus dogmatischer Sicht

Prof. Dr. Christian Gomille

1 Einleitung

Um die Rechtspflege auch während der Ausnahmesituation der Covid-19-Pandemie aufrechterhalten zu können, wurden seit dem Februar 2020 zahlreiche Überlegungen dazu angestellt, wie insbesondere Gerichtstermine möglichst pandemiekonform durchgeführt werden können. Dabei wurde und wird breit über § 128a ZPO diskutiert, freilich meist im Kontext der streitigen Gerichtsbarkeit. Demgegenüber wurde dem gesamten Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit – trotz seiner enormen praktischen Bedeutung – nur weniger öffentliche Aufmerksamkeit zuteil, was womöglich damit zusammenhängt, dass es hier anders als im Zivilprozess kein allgemeines Mündlichkeitsprinzip gibt.[1] Gerade in Betreuungssachen ist allerdings in § 278 FamFG die notwendige persönliche Anhörung des Betroffenen vorgesehen. Deshalb ist jedenfalls in Betreuungssachen die Frage nach

[1] Saenger/*Kemper*, ZPO, 9. Aufl. 2021, § 37 FamFG Rn. 2; Musielak/*Borth*/*Grandel*, FamFG, 6. Aufl. 2018, § 32 Rn. 1; *Brehm*, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 4. Aufl. 2009, § 10 Rn. 32.

DOI: https://doi.org/10.17875/gup2023-2380

einer möglicherweise zulässigen Videoanhörung durchaus praxisrelevant, zumal nicht wenige der Betroffenen zu den sog. vulnerablen Gruppen gehören.

Vor diesem Hintergrund geht es in dem nachfolgenden Beitrag um die Frage, ob und ggf. welche Möglichkeiten bereits das geltende Recht eröffnet, den Betroffenen mittels Videokonferenztechnik anzuhören. Dazu sollen zunächst der grundrechtliche Rahmen des Betreuungsrechts und die materiellrechtlichen Voraussetzungen, unter denen betreuungsrechtliche Maßnahmen nur ergehen können, kurz dargestellt werden. Anschließend wird es um die verfahrensmäßige Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen gehen und um die Rolle, welche die Videoanhörung dabei spielen kann.

2 Der grundrechtliche Rahmen

2.1 Mit der Betreuung verbundene Grundrechtseingriffe

Die unterschiedlichen betreuungsrechtlichen Maßnahmen bedeuten für den Betroffenen stets einen gravierenden Grundrechtseingriff.

Gewissermaßen als Basismaßnahme kann man dabei die Bestellung eines Betreuers nach § 286 Abs. 1 FamFG bezeichnen. Sie hat gemäß § 1902 BGB zur Folge, dass der Betreuer innerhalb des ihm zugewiesenen Aufgabenbereichs zum gesetzlichen Vertreter des Betroffenen wird.[2] Das bedeutet, dass eine vom Gericht ausgewählte Person Rechtsgeschäfte mit unmittelbarer Wirkung für den Betroffenen tätigen kann, ohne dass dieser hiergegen privatautonom einschreiten könnte.[3] Die Bestellung eines Betreuers führt also in einem gewissen Umfang zu Fremdbestimmung, was stets einen Eingriff wenigstens in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen darstellt.[4]

Immerhin lässt die bloße Betreuerbestellung das Recht des Betroffenen unberührt, auch im eigenen Namen wirksam Verträge zu schließen und andere Rechtsgeschäfte zu tätigen.[5] Die allgemeine (rechtsgeschäftliche) Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG besteht somit trotz der grundsätzlichen Anordnung der Betreuung partiell fort. Das ändert sich aber, wenn und soweit das Betreuungsgericht zusätzlich zu der Betreuerbestellung nach § 286 Abs. 2 FamFG einen Ein-

[2] MüKoBGB/*Schneider*, 8. Aufl. 2020, § 1902 Rn. 2.
[3] BVerfG, NJW 2015, 1666 Rn. 24; Spickhoff/*Spickhoff*, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, § 1896 Rn. 3.
[4] BVerfG, NJW 2010, 3360, 3361; BayObLG, NJWE-FER 2001, 179, 180; Schulze/*Kemper*, BGB, 11. Aufl. 2021, § 1896 Rn. 9; Staudinger/*Bienwald*, BGB, Bearb. 2017, § 1896 Rn. 3; *Spickhoff*, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, § 1896 BGB Rn. 3.
[5] Staudinger/*Bienwald*, BGB, Bearb. 2017, Vorbem. 63 vor §§ 1896-1900; *Neuhausen*, RNotZ 2003, 158, 161.

willigungsvorbehalt anordnet. In diesem Fall bedarf eine Willenserklärung des Betreuten zu ihrer Wirksamkeit gem. § 1903 Abs. 1 S. 1 BGB der Einwilligung des Betreuers. Wird sie ohne diese Einwilligung abgegeben, hängt die Wirksamkeit von der Genehmigung des Vertreters ab (§ 108 Abs. 1 i.V.m. § 1903 Abs. 1 S. 2 BGB).[6] Wegen der vorbehaltenen Geschäfte steht der volljährige Betreute dann nicht mehr wesentlich anders da als ein beschränkt geschäftsfähiger Minderjähriger.[7]

Hingewiesen sei schließlich noch auf die Fälle, in denen das Betreuungsgericht aufgrund von § 1906 Abs. 2 S. 1 BGB die freiheitsentziehende Unterbringung genehmigt. In einem solchen Beschluss und seiner Vollziehung liegen selbstredend Eingriffe in das Freiheitsgrundrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG.

2.2 Rechtfertigung dieser Grundrechtseingriffe

So zeigt sich, dass die Anordnung der Betreuung unausweichlich mit dem Eingriff in – womöglich mehrere – Grundrechte des Betroffenen verbunden ist. Die sich aufdrängende Frage nach der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung lässt sich dabei recht einfach beantworten, wenn man bedenkt, was denn eigentlich geschähe, wenn es das Institut der rechtlichen Betreuung nicht gäbe. In diesem Fall wäre derjenige, der beispielsweise aufgrund von Krankheit oder Alter nicht in der Lage wäre, seine Angelegenheiten selbst zu regeln, entweder von der Teilnahme am Rechtsverkehr aus tatsächlichen Gründen vollständig ausgeschlossen[8] oder aber der Rücksichtslosigkeit anderer Privatrechtssubjekte schutzlos ausgeliefert. Beides sind Konsequenzen, die auch die unterschiedlichsten Gesellschaften im Lauf der Geschichte nicht akzeptieren wollten. Unter der gegenwärtigen Gesellschafts- und Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland ist der Staat jedenfalls nach der Lehre von der Schutzgebotsfunktion der Grundrechte sogar von Verfassung wegen dazu verpflichtet, fürsorgebedürftige Personen vor solchen Konsequenzen zu schützen.[9]

Man sieht also, dass der Staat einerseits durch die Betreuung in die Grundrechte des Betroffenen eingreift, er dies andererseits aber auch dann täte, wenn er untätig bliebe und den Fürsorgebedürftigen sich selbst überließe. Es besteht demnach ein Spannungsverhältnis zwischen Fürsorge und Entrechtung, das für das Betreuungsrecht kennzeichnend ist.[10]

[6] *Neuhausen*, RNotZ 2003, 158, 161.
[7] MüKoBGB/*Schneider*, 8. Aufl. 2020, § 1903 Rn. 5.
[8] Vgl. *Neuhausen*, RNotZ 2003, 158, 161.
[9] BVerfGE 142, 313 Rn. 67.
[10] BeckOGK BGB/*Schmidt-Recla*, Stand: 1.2.2022, § 1896 Rn. 8.

3 Materiellrechtliche Voraussetzungen einer betreuungsrechtlichen Anordnung

Dieses Spannungsverhältnis gilt es nun auf der Ebene des einfachen Rechts aufzulösen und zwar zunächst durch die Formulierung von materiellrechtlichen Voraussetzungen für die Betreuerbestellung.

Insoweit ist § 1896 BGB die zentrale Vorschrift. Nach ihrem Abs. 1 S. 1 bestellt das Betreuungsgericht einen Betreuer für volljährige Personen, die ihre Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen können, und zwar aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung. Diese Tatbestandsmerkmale umfassen zahlreiche und auch sehr unterschiedliche medizinische Befunde. Zu nennen sind etwa Alzheimer-Demenz,[11] senile Demenz,[12] traumatische Hirnschädigungen[13] oder auch Schizophrenien[14]. Nicht weniger unterschiedlich sind die durch die Krankheiten ausgelösten Defekte. Während das Betreuungsgericht einmal über die Betreuung eines im Koma Liegenden entscheiden muss[15], geht es ein andermal um eine Krankheit, die nur schubweise auftritt[16]. Manche Betreute werden eine positive Genesungsperspektive haben, während bei anderen nur ein sich immer weiter verschlechternder Gesundheitszustand absehbar ist.[17] In jedem Fall müssen die Krankheit und ihre Ursächlichkeit für das Die-eigenen-Angelegenheiten-nicht-regeln-Können im Zeitpunkt der Betreuerbestellung bestehen.[18]

Die Feststellung eines solchen medizinischen Befunds ist allerdings nur notwendige, nicht aber schon hinreichende Bedingung einer Betreuerbestellung. Nach § 1896 Abs. 1a BGB darf nämlich gegen den freien Willen des Volljährigen ein Betreuer nicht bestellt werden. Dieser Norm wird praktisch eine hohe Relevanz zugeschrieben, zwinge sie doch – so heißt es – das Gericht dazu, sich deutlich darüber zu vergewissern, ob der krankhafte Zustand des Betroffenen seinen freien Willen und damit die Fähigkeit, seine eigenen Angelegenheiten zu besorgen auch tatsächlich wenigstens teilweise ausschließe.[19] Komplettiert wird das Prüfungsprogramm schließlich durch § 1896 Abs. 2 BGB, aus dem sich der Grundsatz der Erforderlichkeit und Subsidiarität ergibt.[20] Danach darf der Betreuer nur für die Aufgabenbereiche bestellt werden, die der Betroffene tatsächlich nicht selbst wahrnehmen kann. Mitunter hat der Betroffene für diesen Fall privatautonom vorgesorgt

[11] *Böckmann*, FPR 2004, 648, 649.
[12] Jürgens/*Jürgens*, Betreuungsrecht, 6. Aufl. 2019, § 1896 BGB Rn. 3.
[13] MüKoBGB/*Schneider*, 8. Aufl. 2020, § 1896 Rn. 9.
[14] BGH, BeckRS 2011, 24558.
[15] *Gojowczyk*, FamRZ 2020, 1615, 1620.
[16] *Gietl*, NZFam 2018, 697, 698.
[17] *Szalai*, NotBZ 2016, 417, 420.
[18] MüKoBGB/*Schneider*, 8. Aufl. 2020, § 1896 Rn. 13.
[19] BGH, NZFam 2017, 164 Rn. 19; juris-PK-BGB/*Bieg*, <Stand: 20.9.2021>, § 1896 Rn. 37.
[20] MüKoBGB/*Schneider*, 8. Aufl. 2020, § 1896 Rn. 4; Jürgens/*Jürgens*, Betreuungsrecht, 6. Aufl. 2019, § 1896 Rn. 15.

und einer anderen Person Vollmacht erteilt, ihn im Rechtsverkehr zu vertreten. Hier ist eine gerichtliche Betreuerbestellung dann entbehrlich und unzulässig.

Der Gesetzgeber hat damit – je nach Zählweise – vier bis sechs Tatbestandsvoraussetzungen für die Betreuerbestellung formuliert, von denen – mit Ausnahme der Subsidiarität – alle unmittelbar in der Person des Betroffenen erfüllt sein müssen. In der Sache unverändert werden die jetzt in § 1896 BGB geregelten materiellrechtlichen Voraussetzungen der rechtlichen Betreuung sich ab dem 1.1.2023 im neu gefassten § 1814 BGB wiederfinden.

Geht es in dem konkreten Verfahren schließlich nicht nur um die Betreuerbestellung, sondern auch um einen Einwilligungsvorbehalt oder gar um die Genehmigung zu einer freiheitsentziehenden Unterbringung, so müssen in der Person des Betroffenen auch die weiteren Voraussetzungen der §§ 1903 bzw. 1906 BGB vorliegen. Insgesamt soll diese materiellrechtliche Ausgestaltung sicherstellen, dass die mit der Betreuung verbundenen Grundrechtseingriffe wirklich nur dort stattfinden, wo es unvermeidlich ist.[21]

4 Verfahrensmäßige Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen

Inwieweit das einfache Recht das betreuungsrechtliche Spannungsverhältnis zwischen Fürsorge und Entrechtung tatsächlich sachgerecht auflösen kann, ist aber nicht allein eine Frage des materiellen Rechts, sondern hängt auch ganz entscheidend davon ab, wie das Betreuungsgericht im Verfahren nach §§ 271 ff. FamFG die Tatsachen feststellt, welche es dann unter die Voraussetzungen der §§ 1896 und 1903 BGB subsumiert.

4.1 Amtsermittlung und Freibeweis

Dabei hat der Betreuungsrichter nach § 26 FamFG die zur Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen erforderlichen Ermittlungen von Amts wegen durchzuführen. Die für die Tatsachenfeststellung notwendigen Beweise werden nach § 29 Abs. 1 S. 1 FamFG in geeigneter Form erhoben. Es gilt also der Grundsatz des Freibeweises, das heißt der Richter ist bei der Durchführung seiner Ermittlungen nicht an strenge Formvorschriften gebunden, sondern kann sie einigermaßen frei gestalten.[22] Personen, die Auskunft über entscheidungserhebliche Umstände geben können, müssen deshalb nicht unbedingt vor Gericht persönlich

[21] Staudinger/*Bienwald*, BGB, Bearb. 2017, Vorbemerkung 61 vor §§ 1896-1900; Spickhoff/*Spickhoff*, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, § 1896 Rn. 3.
[22] Haußleiter/*Gomille*, FamFG, 2. Aufl. 2017, § 29 Rn. 14.

vernommen werden.[23] Vielmehr kann der Betreuungsrichter die Auskunftspersonen nach seinem Ermessen auch schriftlich, fernmündlich oder eben auch in einer Videokonferenz befragen,[24] womit die Frage nach der Zulässigkeit der Videoanhörung in Betreuungssachen scheinbar schon sehr rasch positiv beantwortet ist.

4.2 Einschränkungen der Ermittlungsfreiheit

Freilich hat es bei der Sachverhaltsaufklärung und Tatsachenfeststellung in FamFG-Verfahren nicht stets mit den §§ 26, 29 FamFG sein Bewenden. Vielmehr ist die Ermittlungsfreiheit des FamFG-Richters an verschiedenen Stellen eingeschränkt, und zwar insbesondere in betreuungsrechtlichen Verfahren. Zum einen muss nach § 280 FamFG zwingend ein Gutachten über den Betroffenen eingeholt werden, das Aussagen insbesondere über das Krankheitsbild und die sich daraus ergebenden Einschränkungen enthält. Zum anderen muss der Betroffene, nachdem das Gutachten vorliegt und ihm bekanntgegeben wurde,[25] nach § 278 FamFG persönlich angehört werden. Hierdurch soll der Betroffene die Gelegenheit bekommen, zu dem Gutachten Stellung zu nehmen; die persönliche Anhörung dient damit also der Gewähr rechtlichen Gehörs.[26] Gleichzeitig soll diese Anhörung dem Richter aber auch ermöglichen, das Sachverständigengutachten selbst kritisch zu würdigen.[27] Deshalb ist diese Betroffenenanhörung auch eine Maßnahme der Sachverhaltsaufklärung.[28]

4.3 Ist die Videoanhörung eine Anhörung i.S.d. § 278 Abs. 1 FamFG?

Und damit ist man beim ersten wichtigen Punkt für die Frage nach der Zulässigkeit der Videoanhörung in Betreuungssachen angelangt: Sicher zulässig ist sie nämlich, wenn auch ein Gespräch, das der Betreuungsrichter mit dem Betroffenen unter Einsatz von Videotechnik von einem anderen Ort aus führt, unter den Begriff der persönlichen Anhörung i.S.d. § 278 Abs. 1 FamFG subsumiert werden kann.

---

[23] MüKoFamFG/*Ulrici*, 3. Aufl. 2018, § 29 Rn. 13; *Gomille*, NZFam 2014, 100, 102 f.

[24] Sternal/*Sternal*, FamFG, 21. Aufl. 2023, § 29 Rn. 19; *Brehm*, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 4. Aufl. 2009, § 11 Rn. 8; *Gomille*, NZFam 2014, 100, 102 f.

[25] BGH NJW 2012, 1582 Rn. 20; 2014, 1596 Rn. 11; 2021, 1590 Rn. 8; NJW-RR 2022, 865 Rn. 11, 18; Haußleiter/*Heidebach*, FamFG, 2. Aufl. 2017, § 278 Rn. 3.

[26] BGH NJW 2021, 1590 Rn. 8; NJW-RR 2022, 865 Rn. 11, 18; Haußleiter/*Heidebach*, FamFG, 2. Aufl. 2017, § 278 Rn. 1; Sternal/*Giers*, FamFG, 21. Aufl. 2023, § 278 Rn. 1; MüKoFamFG/*Schmidt-Recla*, 3. Aufl. 2019, § 278 Rn. 1; Prütting/Helms/*Fröschle*, FamFG, 5. Aufl. 2020, § 278 Rn. 9.

[27] Sternal/*Giers*, FamFG, 21. Aufl. 2023, § 278 Rn. 1; *Dodegge*, NJW 2013, 2639, 2641.

[28] Prütting/Helms/*Fröschle*, FamFG, 5. Aufl. 2020, § 278 Rn. 11.

4.3.1 Wortlautauslegung

Im Rahmen der grammatischen Auslegung lässt sich dem Wortlaut des § 278 Abs. 1 S. 1 FamFG dabei zunächst nicht mehr entnehmen, als dass (1.) eine Stellvertretung ausgeschlossen ist und dass (2.) zwischen dem Richter und dem Betroffenen ein unmittelbarer Sprech- und Hörkontakt bestehen muss. Letzteres erfordert aber, wie insbesondere § 147 Abs. 1 S. 2 BGB zeigt, nicht zwingend eine gleichzeitige Anwesenheit am selben Ort. Der reine Wortlaut von § 278 Abs. 1 S. 1 FamFG steht einer Videoanhörung des Betroffenen damit nicht entgegen.

Sodann besagt § 278 Abs. 1 S. 2 FamFG, dass das Betreuungsgericht sich auch einen persönlichen Eindruck von dem Betroffenen zu verschaffen habe. Zwar sieht man allgemein in der Anhörung und der persönlichen Eindrucksverschaffung zwei unterschiedliche Verfahrenskomponenten.[29] Ebenso allgemein geht man aber davon aus, dass das Betreuungsgericht, das mit dem Betroffenen ein Anhörungsgespräch führt, dadurch zugleich den notwendigen persönlichen Eindruck von diesem gewinnt.[30] Dementsprechend kann der Wortlaut von § 278 Abs. 1 S. 2 FamFG den Einsatz von Videokonferenztechnik allenfalls dort ausschließen, wo mit dem Betroffenen ein Anhörungsgespräch nicht geführt werden kann.

Für die Videoanhörung sehr viel problematischer ist dann aber der anschließende § 278 Abs. 1 S. 3 FamFG. Danach soll sich das Gericht seinen persönlichen Eindruck von dem Betroffenen nämlich in dessen üblicher Umgebung verschaffen, jedenfalls sofern – was nach h. M. den Regelfall darstellt[31] – dies der Sachaufklärung dient. Das wiederum bedeutet, dass das Betreuungsgericht diese übliche Umgebung aufsuchen muss, was aber definitionsgemäß mittels Videokonferenztechnik unmöglich ist. Freilich handelt es sich bei § 278 Abs. 1 S. 3 FamFG nur um eine „Soll-Vorschrift". Es muss also durchaus Fälle geben, in denen das Betreuungsgericht nach pflichtgemäßem Ermessen entscheiden kann, sich den persönlichen Eindruck von dem Betroffenen an einem anderen Ort als seiner üblichen Umgebung zu verschaffen. Zulässig ist das etwa, wenn die übliche Umgebung bereits aufgrund anderweitiger Ermittlung verlässlich bekannt ist[32], wenn der Betroffene

---

[29] BeckOK FamFG/*Günter*, Stand: 1.7.2022, § 278 Rn. 8; MüKoFamFG/*Schmidt-Recla*, 3. Aufl. 2019, § 278 Rn. 12; Jürgens/*Kretz*, Betreuungsrecht, 6. Aufl. 2019, § 278 FamFG Rn. 2; *Schwedler*/*Glaab*, MedR 2020, 457, 458.

[30] Sternal/*Giers*, FamFG, 21. Aufl. 2023, § 278 Rn. 9; Prütting/Helms/*Fröschle*, FamFG, 5. Aufl. 2020, § 278 Rn. 11; s. auch Dutta/Jacoby/Schwab/*Schneider*, FamFG, 4. Aufl. 2022, § 278 Rn. 3.

[31] Haußleiter/*Heidebach*, FamFG, 2. Aufl. 2017, § 278 Rn. 2; Jürgens/*Kretz*, Betreuungsrecht, 6. Aufl. 2019, § 278 FamFG Rn. 3; Sternal/*Giers*, FamFG, 21. Aufl. 2023, § 278 Rn. 10; a.A. Prütting/Helms/*Fröschle*, FamFG, 5. Aufl. 2020, § 278 Rn. 20.

[32] Sternal/*Giers*, FamFG, 21. Aufl. 2023, § 278 Rn. 10.

sich gegenwärtig an einem anderen Ort aufhält[33], wenn der Betroffene der Anhörung in seiner üblichen Umgebung widerspricht[34] oder wenn die Anhörung gerade dort keinen Erkenntnisgewinn über entscheidungserhebliche Tatsachen erwarten lässt[35].

Nach alledem kann man also festhalten: Der Wortlaut von § 278 Abs. 1 FamFG steht einer Videoanhörung des Betroffenen nicht entgegen, sofern das Betreuungsgericht ein Anhörungsgespräch mit ihm führen kann und außerdem davon absehen darf, dazu den Betroffenen in dessen persönlicher Umgebung aufzusuchen.

4.3.2 Teleologische Auslegung

Viel gewonnen ist damit aber natürlich noch nicht. Denn dass der Wortlaut die Videoanhörung nur für manche Fälle kategorisch ausschließt, bedeutet noch lange nicht, dass sie in den verbleibenden Fällen auch zulässig ist. Entscheidend sind vielmehr Sinn und Zweck der zu interpretierenden Norm, für die womöglich eine Bundesratsinitiative aus dem Sommer 2020[36] aufschlussreich ist. Damals beabsichtigten die Initiatoren einen neuen § 278 Abs. 8 FamFG einzuführen, um bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen, eine ausdrückliche Rechtsgrundlage für die Betroffenenanhörung mittels Videokonferenztechnik zur Verfügung zu haben. Prämisse dieser Initiative war, dass § 278 Abs. 1 FamFG eine Anhörung im unmittelbaren Angesicht des Betroffenen fordere.[37] In ihrer Stellungnahme hat die damalige Bundesregierung diese Prämisse aufgegriffen und mit einem teleologischen Argument unterfüttert. Danach erhalte das Betreuungsgericht durch ein Gespräch unmittelbar von Angesicht zu Angesicht mehr Informationen über den Betroffenen als bei einem Gespräch mittels Videokonferenz.[38] Im Hinblick auf die mit einer Betreuungsmaßnahme verbundenen, gravierenden Grundrechtseingriffe müsse im Vorfeld aber eine möglichst umfassende Sachverhaltsermittlung stattfinden.[39]
Es komme hinzu, dass gerade in der Wahrnehmungs- und Konzentrationsfähigkeit eingeschränkte Personen ihr rechtliches Gehör nur im persönlichen Gespräch von Angesicht zu Angesicht an einem gemeinsamen Ort wahrnehmen können.[40]

[33] Prütting/Helms/*Fröschle*, FamFG, 5. Aufl. 2020, § 278 Rn. 17.
[34] BGH NJW 2013, 691 Rn. 18; Dutta/Jacoby/Schwab/*Schneider*, FamFG, 4. Aufl. 2022, § 278 Rn. 5.
[35] Prütting/Helms/*Fröschle*, FamFG, 5. Aufl. 2020, § 278 Rn. 20.
[36] BT-Drucks. 19/20623.
[37] BT-Drucks. 19/20623, S. 1.
[38] BT-Drucks. 19/20623, S. 9.
[39] BT-Drucks. 19/20623, S. 9.
[40] BT-Drucks. 19/20623, S. 9.

4.3.3 Systematische Auslegung

Damit dürfte die Bundesregierung den Zweck, den der historische Gesetzgeber mit der persönlichen Betroffenenanhörung verfolgt hat, ziemlich exakt benannt haben. Dafür spricht jedenfalls auch ein systematisches Argument. Betrachtet man nämlich die unterschiedlichen Bestimmungen über die Anhörungen in FamFG-Verfahren einmal genauer, so zeigt sich, dass der Gesetzgeber – wie etwa in § 160 Abs. 1 und Abs. 2 FamFG über die Elternanhörung in Kindschaftssachen – sehr genau zwischen persönlichen Anhörungen auf der einen Seite und einfachen Anhörungen auf der anderen Seite unterscheidet. Das Adjektiv „persönlich" muss deshalb einen inhaltlichen Unterschied zwischen diesen beiden Anhörungsformen markieren. Und dabei liegt es schon aus sprachlichen Gründen mehr als nahe, dass das Persönliche einer Anhörung eben darin besteht, dass die Gesprächspartner sich gleichzeitig am selben Ort treffen und unmittelbar von Angesicht zu Angesicht miteinander sprechen. Demgegenüber kann eine einfache Anhörung, der dieses persönliche Element fehlt, auch im Wege der Distanzkommunikation stattfinden, sei es nun schriftlich, fernmündlich oder eben auch per Videokonferenz. Nachdem die Betroffenenanhörung nach § 278 Abs. 1 FamFG aber ausdrücklich als persönliche Anhörung vorgeschrieben ist, kann das Betreuungsgericht sie auch nicht allgemein als Videoanhörung durchführen.[41]

4.3.4 Das Problem des § 32 Abs. 3 FamFG

Anders als von manchen in der Literatur vertreten,[42] führt auch § 32 Abs. 3 FamFG i.V.m. § 128a ZPO zu keinem anderen Ergebnis. Diese Vorschrift regelt die Durchführung eines allgemeinen Erörterungstermins mittels Videokonferenz und lässt diese nicht nur zu, sondern fordert für geeignete Fälle sogar dazu auf. Auch ist es richtig, dass das Gericht in einem solchen Erörterungstermin Anhörungen von Beteiligten zu dem Zweck durchführen kann, rechtliches Gehör zu gewähren oder entscheidungserhebliche Tatsachen zu ermitteln.[43] Dementsprechend können Anhörungen in geeigneten Fällen also durchaus in Form von Videokonferenzen stattfinden. Dennoch darf man – was auch § 34 Abs. 1 Nr. 2 FamFG bestätigt[44] – mit der Anwendung der allgemeinen Vorschrift des § 32 Abs. 3 FamFG aber natürlich nicht die speziellen Zwecke und Regeln konterkarieren, die für die jeweils durchzuführende Anhörung bestehen. Konkret bedeutet das, dass man den gesetzlich angeordneten persönlichen Anhörungen dieses persönliche Element gerade nicht nehmen darf. Folglich kann § 32 Abs. 3 FamFG auch nur auf einfache Anhörungen

---

[41] BGHZ 227, 161 Rn. 26 ff.; *Köbler*, FamRZ 2020, 823, 824; *Lesting*, FGPrax 2021, 22, 23; vgl. auch *Fröschle*, FamRZ 2022, 73, 77.
[42] *Socha*, FamRZ 2020, 731, 732 f.; wohl auch *Schwedler/Glaab*, MedR 2020, 457, 458.
[43] Sternal/*Jokisch*, FamFG, 21. Aufl. 2023, § 32 Rn. 6.
[44] *Köbler*, FamRZ 2020, 823, 824.

anwendbar sein, nicht aber auf persönliche Anhörungen. Es bleibt also auch angesichts des § 32 Abs. 3 FamFG dabei, dass die Betroffenenanhörung nach § 278 Abs. 1 FamFG nicht generell als Videoanhörung stattfinden kann.

4.4 Die eilige einstweilige Anordnung gem. § 301 Abs. 1 FamFG

Das muss aber nicht bedeuten, dass es in Betreuungssachen überhaupt keinen Anwendungsbereich für die Videoanhörung des Betroffenen gibt. Wenn die Videoanhörung bei § 278 Abs. 1 FamFG nämlich nur am Merkmal der persönlichen Anhörung scheitert, dann kommt eine Videoanhörung grundsätzlich überall dort in Betracht, wo im Betreuungsverfahren auf eine persönliche Anhörung verzichtet wird.

Insoweit mag man zunächst an die einstweilige Anordnung wegen gesteigerter Dringlichkeit nach § 301 FamFG denken, die jedenfalls nach Auffassung der Bundesregierung über zahlreiche der pandemiebedingten Erschwernisse bei der Durchführung der persönlichen Anhörung – insbesondere in Pflegeeinrichtungen – hinweghelfen soll.[45] Diese sog. eilige einstweilige Anordnung ermöglicht es nämlich, noch vor der Anhörung des Betroffenen einen vorläufigen Betreuer zu bestellen oder einen vorläufigen Einwilligungsvorbehalt anzuordnen. Nach wohl herrschender Lesart folgt aus dieser nur vorläufigen Verzichtbarkeit der persönlichen Anhörung allerdings nicht, dass dem Betreuungsgericht nun jegliche Form der Betroffenenanhörung verboten wäre. Vielmehr müsse der Betroffene sogar schriftlich, fernmündlich oder eben per Videokonferenz angehört werden, sofern dies tatsächlich und auch mit Blick auf die besondere Eilbedürftigkeit möglich sei.[46]

Problematisch ist allerdings, dass § 301 FamFG nur die persönliche Anhörung für vorläufig verzichtbar erklärt, nicht aber auch das Verschaffen eines persönlichen Eindrucks. Streng genommen ist für eine eilige einstweilige Anordnung demnach kein Raum, wenn der Richter wegen der besonderen Dringlichkeit nicht nur nicht mit dem Betroffenen sprechen kann, sondern überhaupt keinen räumlichen Zugang zu ihm bekommt, etwa weil ihm aus Gründen des Infektionsschutzes der Zugang zu der Pflegeeinrichtung des Betroffenen verwehrt ist. Sollte in einer solchen Konstellation eine Anordnung nach § 301 FamFG aber tatsächlich ausgeschlossen sein, käme der Staat seiner von Verfassung wegen gebotenen Fürsorge für den Betroffenen nicht nach. Um solche verfassungswidrigen Zustände zu vermeiden, muss deshalb bei § 301 Abs. 1 FamFG unter Umständen auch das Verschaffen eines persönlichen Eindrucks vorläufig entbehrlich sein.[47] Hier kann die gebotene Beteiligung des Betroffenen dann tatsächlich im Wege der Videokonferenz sichergestellt werden.

---

[45] BT-Drucks. 19/20623, S. 9; s. auch AG Dresden, COVuR 2020, 90, 91; Kroiß/*Poller*, COVID-19, 2. Aufl. 2021, § 3 Rn. 27.
[46] *Gietl*, NZFam 2021, 130.
[47] Vgl. Kroiß/*Poller*, COVID-19, 2. Aufl. 2021, § 3 Rn. 27.

Allerdings hilft § 301 FamFG in den Fällen nicht weiter, in denen das Betreuungsgericht aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen einstweilen keinen räumlichen Zugang zu dem Betroffenen erhält, gleichzeitig aber keine Gefahr in Verzug ist. Hier bleibt es bei der Notwendigkeit einer persönlichen Anhörung von Angesicht zu Angesicht und das Gericht muss zuwarten, bis entweder das Hindernis beseitigt ist oder eine besondere Dringlichkeit eintritt.[48]

4.5 Entbehrlichkeit der persönlichen Anhörung im betreuungsrechtlichen Hauptsacheverfahren

Freilich gibt es auch im betreuungsrechtlichen Hauptsacheverfahren Fälle, in denen die persönliche Anhörung des Betroffenen unterbleiben kann. Zu nennen sind in diesem Zusammenhang § 34 Abs. 2 i.V.m. § 278 Abs. 4 FamFG und § 420 Abs. 2 FamFG. Dort muss ebenso wie ggf. bei der eiligen einstweiligen Anordnung gem. § 301 Abs. 1 FamFG eine Videoanhörung des Betroffenen grundsätzlich möglich sein.[49] Man sollte sich – vorbehaltlich des zwischenzeitlich in Kraft getretenen § 278 Abs. 4 S. 2 FamFG – davon allerdings nicht allzu viel versprechen, denn wenn man sich die Ausbleibenstatbestände von § 34 Abs. 2 i.V.m. § 278 Abs. 4 FamFG und von § 420 Abs. 2 FamFG einmal genauer ansieht, dann stellt man fest, dass sich daraus lediglich ein geringer praktischer Anwendungsbereich für die Videoanhörung ergibt.

Exemplarisch herausgegriffen sei an dieser Stelle zunächst die nach § 34 Abs. 2 Alt. 2 FamFG entbehrliche Anhörung. Hier geht es um den Fall, dass der Betroffene offensichtlich nicht in der Lage ist, seinen Willen kundzutun, etwa weil er im Koma liegt. Hier erscheint es nun durchaus pragmatisch, dass der Richter für den Betroffenen einen Verfahrenspfleger bestellt, sich sodann per Video über die absolute Handlungsunfähigkeit des Betroffenen vergewissert und schließlich bei Vorliegen aller weiteren Voraussetzungen seine Entscheidung fällt.

Allerdings befreit nach wenigstens h. M. der § 34 Abs. 2 Alt. 2 FamFG das Gericht nur von der Pflicht, das Anhörungsgespräch nach § 278 Abs. 1 S. 1 FamFG zu führen, nicht aber von der Pflicht nach § 278 Abs. 1 S. 2 FamFG, sich einen persönlichen Eindruck von dem Betroffenen zu verschaffen.[50] Letzteres ist im betreuungsrechtlichen Verfahren wegen § 278 Abs. 1 S. 3 FamFG wiederum dahingehend zu verstehen, dass der Richter sich grundsätzlich an den Aufenthaltsort des Betroffenen begeben muss, um sich dort persönlich und unmittelbar von dessen Handlungsunfähigkeit zu überzeugen. Das leuchtet auch durchaus ein. Denn über ein Videobild kann das Betreuungsgericht lediglich eine handlungsunfähige Person

[48] *Gietl*, NZFam 2021, 130.
[49] Haußleiter/*Heidebach*, FamFG, 2. Aufl. 2017, § 420 Rn. 3; Sternal/*Göbel*, FamFG, 21. Aufl. 2023, § 420 Rn. 12.
[50] Vgl. Keidel/*Giers*, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 278 Rn. 6.

erkennen. Ob diese Person aber tatsächlich auch der Beteiligte ist, zu dessen Fürsorge eine Maßnahme ergriffen werden soll, ist – wenn überhaupt – mittels einer bloßen Videoübertragung nur mit einigen Schwierigkeiten feststellbar.

Im Übrigen galt bislang auch für § 420 Abs. 2 FamFG[51] und § 34 Abs. 2 Alt. 1 i.V.m. § 278 Abs. 4 FamFG[52], dass danach lediglich das Anhörungsgespräch bei gleichzeitiger Anwesenheit von Betreuungsgericht und Betroffenem entbehrlich ist, grundsätzlich aber nicht auch das Verschaffen eines persönlichen Eindrucks am Aufenthaltsort des Betroffenen. Im betreuungsrechtlichen Hauptsacheverfahren durfte aber bereits aufgrund von § 34 Abs. 2 Alt. 1 i.V.m. § 278 Abs. 4 FamFG a.F. ausnahmsweise auch von dem Verschaffen eines unmittelbar persönlichen Eindrucks abgesehen werden, wenn bereits die bloße physische Konfrontation mit einer anhörenden Gerichtsperson eine Gesundheitsgefahr für den Betroffenen begründete.[53] Insoweit mochte dann tatsächlich ein Rückgriff auf Videokonferenztechnik möglich sein. Es musste dann allerdings im Einzelfall geklärt werden, ob die Teilnahme an einer solchen Videoübertragung für den Betroffenen gesundheitlich verkraftbar wäre.

Freilich haben sich an dieser Rechtslage mit Wirkung vom 1. Januar 2023 gewisse Änderungen ergeben. Seither ist gem. § 278 Abs. 4 S. 2 FamFG nämlich auch das Verschaffen eines persönlichen Eindrucks entbehrlich, sofern das Gericht von der persönlichen Anhörung wegen der Besorgnis erheblicher Nachteile für die Gesundheit des Betroffenen absieht. Hier besteht dann in der Tat keinerlei gesetzlich angeordnete Notwendigkeit mehr, den Betroffenen unmittelbar an dessen Aufenthaltsort aufzusuchen. Dies erweitert die Möglichkeiten des Einsatzes von Videokonferenztechnik auch im Betreuungsverfahren.

5 Zusammenfassung

Zusammenfassend muss man aus dogmatischer Perspektive festhalten, dass es für die Videoanhörung des Betroffenen im Betreuungsverfahren keinen allzu großen praktischen Anwendungsbereich gibt. So ist die Videoanhörung keine persönliche Anhörung im Sinne des § 278 Abs. 1 FamFG. Lediglich dort, wo eine Betreuungsmaßnahme auch ohne vorherige persönliche Anhörung angeordnet werden kann, kommt eine Videoanhörung theoretisch in Betracht. Der Einsatz von Videotechnik wird aber auch in diesen Fällen dadurch beschränkt, dass das Betreuungsgericht sich grundsätzlich noch immer einen persönlichen Eindruck von dem Betroffenen verschaffen muss, und zwar entweder an dessen üblichem oder aktuellem Aufenthaltsort. *De lege lata* ist die Videoanhörung deshalb nur dort ein geeignetes und praktikables Instrument, wo der Betreuungsrichter sich ausnahmsweise auch keinen unmittelbar persönlichen Eindruck von dem Betroffenen an dessen

[51] Haußleiter/*Heidebach*, FamFG, 2. Aufl. 2017, § 420 Rn. 4.
[52] BeckOK FamFG/*Günter*, Stand: 1.7.2022, § 278 Rn. 13.
[53] BGH NJW 2014, 2788 Rn. 17.

Aufenthaltsort verschaffen muss. Letztere Fälle hat der Gesetzgeber durch die Schaffung des § 278 Abs. 4 S. 2 FamFG mit Wirkung vom 1. Januar 2023 allerdings gegenüber der bis dahin gültigen Rechtslage vorsichtig ausgedehnt.

Literatur

Beck-Online.Großkommentar zum BGB, herausgegeben von Beate Gsell, Wolfgang Krüger, Stephan Lorenz und Christoph Reymann, <Stand: 1.2.2022>

Beck'scher Online-Kommentar zum FamFG, herausgegeben von Meo-Micaela Hahne, Jürgen Schlögel und Rolf Schlünder, 43. Edition

Böckmann, Martin, Die Demenzerkrankung als Hauptursache für Vorsorgemaßnahmen, FPR 2004, 648

Brehm, Wolfgang, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 4. Auflage 2009

Dodegge, Georg, Die Entwicklung des Betreuungsrechts bis Anfang Juni 2013, NJW 2013, 2639

Dutta, Anatol/Jacoby, Florian/Schwab, Dieter, FamFG, 4. Auflage 2022

Fröschle, Tobias, Bericht über die Rechtsprechung im Betreuungsrecht, FamRZ 2022, 73

Gietl, Andreas, Anmerkung zu BGH, Beschluss v. 9.5.2018 – XII ZB 625/17, NZFam 2018, 697

Gietl, Andreas, Anmerkung zu AG Meinigen, Beschluss v. 18.1.2021 − 3 XVII 234/19, NZFam 2021, 130

Gojowczyk, Heiko, Betreuungsverfahren mit Auslandsberührung, FamRZ 2020, 1615

Gomille, Christian, Beweiserhebung – Unterschiede zwischen ZPO- und FamFG-Verfahren, NZFam 2014, 100

Haußleiter, Martin (Hrsg.), FamFG, 2. Auflage 2017

Jürgens, Andreas (Hrsg.), Betreuungsrecht, 6. Auflage 2019

juris-Praxiskommentar zum BGB, herausgegeben von Maximilian Herberger, Michael Martinek, Helmut Rüßmann und Markus Würdinger, 9. Auflage 2020

Keidel, Theodor (Begr.), FamFG, 20. Auflage 2020

Köbler, Ralf, Corona: Die Stunde des Videoeinsatzes mit Skype und Co.?, FamRZ 2020, 823

Kroiß, Ludwig (Hrsg.), Rechtsprobleme der COVID19-Pandemie, 2. Auflage 2021

Lesting, Wolfgang, Anmerkung zu BGH, Beschluss v. 14.10.2020 – XII ZB 235/20, FGPrax 2021, 22

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker und Bettina Limperg, 8. Auflage 2018 ff.

Münchener Kommentar zum FamFG, herausgegeben von Thomas Rauscher, 3. Auflage 2019

Musielak/Hans-Joachim (Hrsg.), FamFG, 6. Auflage 2018

Neuhausen, Matthias, Rechtsgeschäfte mit Betreuten, RNotZ 2003, 158

Prütting, Hanns/Helms, Tobias (Hrsg.), FamFG, 5. Auflage 2020

Saenger, Ingo (Hrsg.), ZPO, 9. Auflage 2021

Schulze, Reiner (Schriftl.), BGB, 11. Auflage 2022

Schwedler, Anna/Glaab, Sarah, Rechtliche Betreuung in Zeiten der COVID-19 Pandemie, MedR 2020, 457

Socha, Ingo, Tiefenschärfe mit Hilfe der Kamera – Welche Möglichkeiten bietet und welche Grenzen setzt das FamFG für Anhörungen per Videokonferenz?, FamRZ 2020, 731

Spickhoff, Andreas (Hrsg.), Medizinrecht, 3. Auflage 2018

von Staudinger, Julius (Begr.), BGB

Sternal, Werner (Hrsg.), FamFG, 21. Auflage 2023

Szalai, Stephan, Anforderungen an Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung im Zusammenhang mit dem Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen, NotBZ 2016, 417

Möglichkeiten und Risiken der digitalen Betreuten- und zu Betreuendenanhörung aus einer rechtssoziologischen Perspektive

Prof. Dr. Anika Gomille

Zu den Folgen der inzwischen über zwei Jahre anhaltenden Pandemie zählt unter anderem auch eine häufigere Kommunikation über digitale Medien. Das betrifft den privaten und beruflichen Bereich gleichermaßen. Dabei scheinen die Vorteile einer digitalen Kommunikationsform, wie sie z. B. durch die Bildtelefonie gewährleistet werden, auf der Hand zu liegen: niedrige Kosten, weniger Zeitaufwand, keine potentielle Ansteckungsgefahr. Was in vielen Bereichen aus der (Pandemie-)Not heraus geboren bzw. erprobt wurde, wird aktuell auf den Prüfstand gestellt. Dabei stellt sich die Frage, welche (vermeintlich) technischen Errungenschaften sich bewährt haben und auch in Zukunft genutzt werden können und sollen. Dies gilt auch für die Frage nach den rechtlichen Umsetzungsmöglichkeiten und praktischen Konsequenzen einer digitalen Betreuten- und zu Betreuendenanhörung. Nicht zu-

DOI: https://doi.org/10.17875/gup2023-2381

letzt, da vereinzelt Familienrichter:innen, insbesondere zu Beginn der pandemischen Lage, in diesem Kontext vorwiegend positive Erfahrungen sammeln konnten.[1]

Im Folgenden werden die Vor- und Nachteile, die mit der Ersetzung einer persönlichen Betreuten- und Betreuendenanhörung durch den Richter/die Richterin vor Ort durch eine digitale Anhörung erfolgen näher beschrieben und diskutiert. Der Fokus liegt dabei auf den mit der Technisierung verbundenen Veränderungen für die Beteiligten in der Praxis.

Dazu werden (1) zunächst der Begriff der Kommunikation näher beleuchtet und damit verbundene Grundannahmen definiert. Anschließend werden (2) grundlegende Veränderungen beschrieben, welche aus der Online-Kommunikationsform hervorgehen. Abschließend werden (3) die Folgen erläutert, welche sich daraus für eine analytische Bewertung der digitalen Anhörung im Betreuungsrecht ergeben und es wird aufgezeigt, warum nach Meinung der Verfasserin der klassischen Form der richterlichen Anhörung im Betreuungsrecht – ganz unabhängig von der Frage nach der rechtlichen Grundlage – auch weiterhin der Vorzug gewährt werden sollte.

1 Die Grundannahmen der Kommunikation

Unter Kommunikation versteht man in der Wissenschaft einen Prozess der Übermittlung von Informationen, welche sich wiederum aus Wissen, aber auch aus Erkenntnissen und Erfahrungen ergeben (Stangl, 2022). Zudem wird davon ausgegangen, dass es sich bei der digitalen Anhörung, ebenso wie beispielsweise bei der Videokonferenz um eine eigenständige Kommunikationsform (Friebel et al. 2003, S. 2) handelt, weswegen ein Blick auf deren Spezifika lohnenswert erscheint.

Die digitale Anhörung zeichnet sich durch *verbale* und *nonverbale* Aspekte aus (Köck/Ott, 1994, S. 213f.). Zu den verbalen Aspekten zählen sprachliche und parasprachliche Faktoren. Während man bei den sprachlichen Faktoren den Inhalt, also „was“ gesprochen wird, betrachtet, geht es bei den parasprachlichen Faktoren um die Art und Weise, „wie“ eine Mitteilung ausgesprochen und/oder artikuliert wird. Hierbei spielen z. B. Stimmklang, Sprechtempo und Stimmlage eine Rolle.

Die nonverbalen Handlungen gehen über die Äußerung von Worten hinaus und beziehen sich auf Blickkontakt, Gestik, Mimik und Haltung. Sowohl die verbalen als auch die nonverbalen Handlungen finden im Falle der digitalen Anhörung zwischen zwei oder mehr räumlich voneinander getrennten Personen statt. Ihre Kommunikation erfolgt dabei unter technisch vermittelter, potenziell gleichzeitiger und wechselseitiger, auditiver und visueller Wahrnehmungs- und Steuerungsfähigkeit (vgl. Friebel et al. 2003). Störungen (Bild- und/oder Tonstörungen), welche sich

[1] Vgl. den Artikel von *Bernd Klasen* in diesem Band.

aus der technischen Vermittlung ergeben, müssen dabei für die Beteiligten noch handhabbar sein (Quelle: Schmitz, 1999).[2]

Neben den Aspekten, die den bloßen Informationsaustausch betreffen, existieren aber auch weitere Faktoren, die die digitale Kommunikation per Videotelefonie prägen. Hierzu zählen die Wahrnehmungsbereitschaft der Interaktionspartner, die Einschätzung der wechselseitigen Wahrnehmungsbedingungen sowie die Einschätzung der Wahrnehmungsmöglichkeiten und -perspektiven (Friebel et. al. 2003, S. 7). Die reziproken, also wechselseitigen, Wahrnehmungsbedingungen sind insofern bedeutsam, als „je nachdem, was Interaktionspartner*innen voneinander wahrnehmen können, andere Kriterien für die Anforderungen an Anwesenheit, Aufmerksamkeit und Körperkontrolle" gestellt werden können (ebd.).

Ein bekanntes Beispiel sind Bestätigungslaute in einem Telefonat. Ein regelmäßiges kurzes „mhm" oder „ja" einer/s Telefonierenden verweist nicht nur darauf, dass die Information verstanden wird, sondern symbolisiert dem Gegenüber auch, dass es akustisch wahrgenommen wird, der/die am anderen Ende der Leitung also noch „ganz Ohr" ist. Diese Form der verstärkten akustischen Resonanz auf das Gesagte braucht es hier gerade deswegen, weil man das Gegenüber und seine Reaktion nicht sehen kann.

2 Same, same but different? Kommunikative Differenzen bei der digitalen Anhörung

Obwohl die digitale Form der Kommunikation in vielfältigen Kontexten bereits zum Alltag vieler Menschen wurde, geht sie für Beteiligte dennoch häufig mit einem diffusen Gefühl einher (vgl. Burow 2022, S. 9). Auch wenn sich der „gefühlte Unterschied"[3] oft nicht in Worte fassen lässt, so lässt sich kaum leugnen, dass es in der Praxis eben doch einen Unterschied macht, ob ein Gespräch im direkten Kontakt und am selben Ort stattfindet oder technikunterstützt über digitale Kanäle.

Um die Ursache der gefühlten Diffusität zu ergründen, hilft eine nähere Betrachtung der Veränderungen, die sich für die Situation ergeben, wenn sie von der klassischen Kommunikation von Angesicht zu Angesicht am selben physischen Ort in den digitalen Raum wechselt.

Für den spezifischen Fall der Betreuten- und zu Betreuendenanhörung ergibt sich also die Frage nach möglichen Unterschieden zwischen einer richterlichen Anhörung vor Ort (in Form einer sog. „Face to Face Kommunikation") oder einer Anhörung via Internetübertragung im digitalen Raum.

[2] Der letzte Aspekt ist für die digitale Anhörung von besonderer Bedeutung, da selbst eine technisch problemlos ablaufende Übertragung, im Sinne einer störungsfrei ablaufenden Kommunikation, mit einer höheren potentiellen Störanfälligkeit verbunden ist. Das stellt einen elementaren Unterschied zur Kommunikation vor Ort dar, auf den unter Punkt zwei noch näher eingegangen wird.

[3] Der „gefühlte Unterschied" muss dabei nicht zwangsläufig negativ bewertet werden.

Aus empirischer Sicht mangelt es diesbezüglich noch an wissenschaftlichen Erkenntnissen zur digitalen Anhörung im Betreuungsrecht. Es existieren noch keine abgesicherten Erkenntnisse durch entsprechende Studien oder empirische Erhebungen. Jedoch beschäftigen sich die Sozialwissenschaften bereits seit den 90er Jahren intensiv mit Kommunikationstechnologien, welche, je nach Nutzungsform, auf technischer Basis als Videokonferenz, Telekooperation, Bildtelefonie, audiovisuelle Fernkommunikation usw. bezeichnet werden (Friebel et al. 2003, S. 1).

Somit handelt es sich bei der digitalen Kommunikationsform um kein neues und völlig unerforschtes Phänomen. Die folgenden Ausführungen stützen sich auf wissenschaftliche Erkenntnisse aus anderen Bereichen (Videotelefonie, Telemedizin, Onlinetherapie und -interviews), wobei diesbezügliche Erkenntnisse auf die digitale Betreuten- und zu Betreuendenanhörung übertragen und diskutiert werden.

Da es vorwiegend um den Nutzen der digitalen Anhörung als Ersatz für die „klassische" betreuungsrichterliche Anhörung vor Ort geht, werden ausschließlich diese beiden Kommunikationsformen miteinander verglichen. Dabei gilt es zu bedenken, dass in allen Bereichen nach wie vor die Face-to-Face Kommunikation[4] als das „Nonplusultra" der Kommunikationsformen gilt, da allein bei dem Gespräch von Angesicht zu Angesicht alle primären fünf Sinne simultan angesprochen werden können (Held, 2020, S. 140).

Neben dem Aspekt der Sinneseinschränkung ist es vor allem die erhöhte Störanfälligkeit der Online-Kommunikation, die sie von einem Gespräch vor Ort unterscheidet. Die Anfälligkeit für Störungen ergibt sich zwangsläufig durch die Notwendigkeit der Nutzung von technischen Hilfsmitteln zur Überbrückung der räumlichen Trennung. Die Bandbreite an möglichen, mit dem Technikeinsatz einhergehenden Störfaktoren und ihre denkbaren Ursachen sollen im Folgenden anhand exemplarischer Fälle aufgeführt und erläutert werden.

2.1 Besonderheiten der Sprache

Bei der Online-Kommunikation entstehen sprachliche Besonderheiten, welche unter Umständen Fragen aufwerfen, die sich bei der Kommunikation vor Ort nicht ergeben. Dies ist vor allem bei der Verwendung sog. indexikalischer Begriffe bzw. der Verwendung von „Gelegenheitsausdrücken" (Garfinkel, 1973, S. 202) der Fall.[5]

Ein anschauliches Beispiel ergibt sich bereits aus dem Begrüßungssatz einer vortragenden Person: „Ich freue mich heute hier bei Ihnen zu sein und Ihnen meine Ideen vorstellen zu dürfen."

---

[4] Der Begriff face-to-face ist irreführend, da wir nicht nur über das Gesicht, sondern auch zeitgleich mit und durch unseren Leib, mit Mimik, Gestik, Stimme, Körperhaltung und Körperbewegung sowie den Augen im Blickkontakt kommunizieren (*Rothe*, 2004, S. 372).

[5] Indexikalität behandelt die Kontextabhängigkeit von Sprache und die situative Vagheit von Worten. Indexikalische Äußerungen sind „situative Referenzmittel, mit denen wir zum Ausdruck bringen, welche Bedeutung ein bestimmter Kontext für uns hat" (*Abels*, 2010, S. 132 f.).

Während bei einer Besprechung von Angesicht zu Angesicht klar ist, dass sich alle an der Besprechung Teilnehmenden zur selben Zeit am selben Ort befinden, ergeben aus den verwendeten Begriffen „hier“ und „heute“ keine Probleme. Für den Fall der Online-Kommunikation sieht dies bereits ganz anders aus. Das „hier“ welches sich auf den Ort bezieht, an dem sich die einzelnen Personen befinden, kann völlig unterschiedlicher Art sein. Ob zwischen diesen Orten ein Flur, mehrere Städte, Länder oder sogar Kontinente liegen, bleibt zunächst unklar.

Für den Fall, dass das Meeting aufgezeichnet wird, gilt dies auch für das „heute“. Die Aufzeichnung schafft die Möglichkeit, dass die Kommunikation später nachverfolgt werden kann, obwohl sie bereits beendet ist.

Durch die Verschiebung der Kommunikation in ein Online-Format, kann also die Sprache in Teilen an Eindeutigkeit einbüßen.

2.2 Ungewissheit über die Kommunikationsbedingungen der Anderen

Ein weiterer Unterschied ergibt sich durch die stetige Ungewissheit über die Wahrnehmungsbedingungen und -möglichkeiten der anderen Gesprächsteilnehmer:innen.

Dies ähnelt dem bereits beschriebenen Phänomen, der anderen Person am Telefon durch kurze Rückmeldungen zu signalisieren, dass man noch anwesend ist. Häufige Sätze der onlinebasierten Kommunikation sind „Können Sie mich hören?“ oder „Sehen Sie mich?“. Sie verdeutlichen, dass der Sprecher bzw. die Sprecherin keinen Einblick darein hat, ob die anderen Personen störungsfrei folgen können.

Zweifelsohne gibt es auch bei physischer Anwesenheit Störquellen, wie beispielsweise Nebengeräusche. Der Unterschied ist jedoch, dass diese bei gleichzeitiger Anwesenheit am selben Ort von allen Beteiligten wahrgenommen werden können. Die Störquellen bei der Online-Kommunikation treten demgegenüber nicht notwendig bei allen Beteiligten gleichermaßen auf und sind dementsprechend auch oft nicht für alle unmittelbar wahrnehmbar.

Erschwerend kommt hinzu, dass bei Störungen der Kommunikation durch undeutliche Sprache mitunter nicht eindeutig erfasst werden kann, ob es an der sprechenden Person selbst oder an technischen Schwierigkeiten liegt (so beispielsweise bei abgehacktem Sprechen, plötzlichem Stottern oder zu leiser Sprache).

2.3 Kameraeinstellung

Wie bereits angeführt ist die onlinebasierte Kommunikation auf technische Unterstützung angewiesen. Die optische Wahrnehmung der Beteiligten wird dabei durch die (Vor-)Einstellung der Kamera bestimmt. Hierbei ist das übertragene Bild immer nur ein Ausschnitt des Ganzen. Der Fokus liegt dabei in der Regel auf dem Gesicht und gegebenenfalls Teilen des Oberkörpers der Teilnehmenden. Während die

Mimik somit gut sichtbar ist, können viele Aspekte der Gestik und sonstigen Körpersprache jedoch schnell wegfallen.[6]

Zusätzlich zur Gestik bleibt häufig auch die Verwendung von Hilfsmitteln durch einzelne Gesprächsteilnehmer den anderen verborgen. Gleiches gilt für mögliche Einflussnahmen durch dritte Personen, die sich außerhalb des Kamerasichtbildes aufhalten.

Während es unbedeutend erscheint, ob ein Richter/eine Richterin seine/ihre Fragen von einem Blatt abliest, kann es hingegen von großer Bedeutung sein, ob hinter dem Rechner eine weitere Person steht, welche durch Gesten die Antworten des oder der zu Betreuenden beeinflusst, ohne dass der Richter oder die Richterin hiervon Notiz nehmen kann. In einem solchen Szenario kann es also geschehen, dass der Anhörende die (rechtsgeschäftliche) Handlungsfähigkeit des Anzuhörenden bei der Videokommunikation anders beurteilt als bei einem persönlichen Gespräch bei gleichzeitiger Anwesenheit am selben Ort. Ebenso mag es dem Anhörenden beim Einsatz von Videokommunikationssystemen schwerer fallen, den wirklichen Willen seines Gesprächspartners korrekt zu ermitteln, was insbesondere im beurkundungsrechtlichen Zusammenhang wegen § 17 Abs. 1 BeurkG zu Problemen führen kann.

Auch der Blickkontakt der Gesprächspartner:innen wird durch den Einsatz von Bildschirm und Kamera beeinflusst. Das Problem, welches sich hierdurch ergibt, wird als „one-way-direction-gaze“ (Koop 2004, S. 165) oder „eye-contact-dilemma“ (vgl. Held 2019, S. 173) bezeichnet. Es beschreibt, dass durch die Technik ein direkter, wechselseitiger Augenkontakt verhindert wird. Der direkte Augenkontakt wird dem Gegenüber durch den direkten Blick in die Kamera suggeriert, kann aber nur wahrgenommen werden, wenn die Person auf ihren Bildschirm schaut. Der direkte Blick in die Kamera ermöglicht nur einen eingeschränkten Blick auf den Bildschirm und ein direkter Augenkontakt kann somit nicht zustande kommen. Schuld daran ist die Positionierung der Kamera.

Die Intensität der Ausprägung des Effekts hängt dabei von den technischen Voraussetzungen und Kameraeinstellungen ab (beispielsweise durch Winkel und Abstände, die Kamera, Bildschirm und Person zueinander einnehmen).

2.4 Kontrollbild

Eine weitere Herausforderung, die es für die Beteiligten während der Kommunikation zu bewältigen gibt, kann auch durch das eigene Kontrollbild entstehen. So sieht man (in Abhängigkeit von der technischen Einstellung) meist nicht nur seinen Gesprächspartner auf dem eigenen Bildschirm, sondern auch sich selbst in einer kleinen Ecke auf dem Monitor. Das sog. Kontrollbild dient vor allem der Feststellung und Prüfung der eigenen Positionierung (Held 2019, S. 174 f.). Aber schon,

[6] Zum Teil wird auch von einer durch die Zweidimensionalität des übertragenen Bildes entstehenden Einschränkung der Wahrnehmung bei jeglichen Mikroereignissen (z. B. feine Gestik und Mimik, Veränderungen der Sprachintensität) ausgegangen (*Koop*, 2004, S. 147; *Schlütter*, 2011, S. 90).

sich selbst beim Sprechen zu sehen, kann den Sprecher irritieren (Böschen 2021) und sein Kommunikationsverhalten beeinflussen. Je nach Voreinstellung kann das Bild dabei auch „originalgetreu" sein und damit nicht dem gewohnten spiegelverkehrten Blick auf sich selbst entsprechen. Der damit verbundene Effekt der „neuen eigenen Optik" ähnelt der Situation, wenn man zum ersten Mal die eigene Stimme auf dem Anrufbeantworter oder Diktiergerät hört und feststellt, dass Andere einen offensichtlich anders hören als man sich selbst.[7]

Das Kontrollbild führt zudem zu seiner verstärkten „Ich-Wahrnehmung", was wiederum das eigene Verhalten, das Erleben und die Kommunikation verändern kann. Es erzwingt von den meisten eine Art Selbstkontrolle (Sitzen meine Haare noch? Sehe ich so vorteilhaft aus?). Und das ist nicht nur bei eitlen Personen der Fall. Es gibt Untersuchungen, die zeigen, dass Probanden sogar das Eigenbild stärker wahrnehmen als das ihres Gesprächspartners (Heath 1997, S. 324). Vor einer Kamera kommt es deswegen auch immer zu einer „Selbstinszenierung" (vgl. Flohrer 1990, S. 67). Man zeigt sich so, wie man auch gesehen werden will. Dementsprechend kommt es auch oft zu Versuchen z. B. den Bildausschnitt anzupassen, indem man näher an den Rechner rückt, ihn ein wenig höher hält usw. Bei der audiovisuellen Fernkommunikation liegt die Aufmerksamkeit daher meist nicht vorwiegend auf dem Gesprächsverlauf, sondern auch auf solch zusätzlichen psychologischen Effekten. Im Hinblick auf das Eigenbild bei der Videotelefonie stellt nach der Studie von Böschen (2021, S. 87) weniger das Sichtbarsein des eigenen Körpers, als vielmehr das Beobachtet-Werden in der Selbstbeobachtung den wirklich peinlichen Moment der Kommunikation dar.

2.5 Rederechte

Widmen wir uns nun der Frage nach den Rederechten in einem Gespräch. Wer, wann etwas sagt, hängt ganz allgemein von den sozialen Rollen der beteiligten Personen (wer spricht mit wem? Mutter mit Kind? Richter mit Angeklagtem, Polizistin mit Zeuge) und von der Art des Gesprächs (ist es ein Vortrag, eine rechtliche Anhörung, ein Kaffeeklatsch?) ab. Insoweit bestehen zwischen den Gesprächssituationen bei gleichzeitiger Anwesenheit am selben Ort und unter Einsatz von Videokommunikationstechnik zunächst auch keine Unterschiede. Bei der Onlinekommunikation kommt als weiteres Merkmal aber noch die technische Bestimmbarkeit der Rederechte hinzu. Der sog. Host (dies wird im betreuungsrechtlichen Kontext wenigstens in der Regel der Richter/die Richterin sein) verfügt über die Möglichkeit, das Rederecht zu vergeben, indem er das Mikrofon seines Gegenübers freigibt oder aber dieses stumm schaltet. Und selbst wenn Rederechte (aufgrund angepasster technischer Voreinstellungen) gleich verteilt sind, so kommt es doch

[7] *Kopp* (2004) sieht in dem Eigenbild sogar ein den Kommunikationsprozess verzögerndes Merkmal (*Held* 2019, S. 175).

immer wieder vor, dass ein Teilnehmer zu sprechen beginnt, obwohl sein Mikrofon noch nicht freigeschaltet ist (er also noch auf „stumm" geschaltet ist).

Zudem vereinfacht es die digitale Kommunikationsform, Anwesenheit zu suggerieren, ohne tatsächlich präsent zu sein. Das gilt ganz offensichtlich für Fälle, in denen die Kamera ausgeschaltet ist, aber auch für Fälle, in denen der Ton abgestellt wird. Die technisch basierte Kommunikation ermöglicht also das, was es normalerweise nicht gibt, ein gekonntes und unauffälliges Weghören bei gleichzeitiger digitaler Anwesenheit.

2.6 Technisch bedingte Verzerrungen

Auch technisch bedingte Verzerrungen haben Einfluss auf die Außenwirkung und menschliche Wahrnehmung des Gegenübers. So konnte eine Studie der Universität Magdeburg zusammen mit der dänischen Universität Sonderburg aufzeigen, dass Frauenstimmen durch die häufig genutzten Videosoftwaresysteme wie Zoom, Skype und Teams als weniger ausdrucksstark, charismatisch und kompetent wahrgenommen werden als bei einem unmittelbar persönlichen Gespräch am selben Ort. Das liegt daran, dass aus Gründen des Datenvolumens nicht alle Frequenzen gleichermaßen übertragen werden (Siegert/Niebuhr, 2021; Niebuhr/Siegert 2022).

2.7 Psychologische Aspekte

Neben den technischen Störungen lassen sich auch psychologische Aspekte anführen, die mit der digitalen Anhörung verbunden sind. So verfügen nicht alle Kommunikationspartner:innen über Erfahrungen mit digitalen Kommunikationsformen. Während die Generation der sog. „digital natives" im Umgang mit Computer, Telefon oder Tablet geschult ist und deshalb etwa weiß, wo die Kamera ist, wie gut man gehört wird etc., ist bei älteren Personen nicht zwangsläufig mit den gleichen Erfahrungswerten zu rechnen. Der technische Einsatz kann jedoch bei Unerfahrenheit und Unsicherheit von Redehemmungen bis zur vollkommenen Sprachlosigkeit führen, von Gefühlen der Überrumpelung bis hin zum totalen Verkennen der Situation (die Stimme aus dem Computer). Selbst ein einfaches Unbehagen kann sich schnell auf das Gegenüber übertragen.

2.8 Sonstige Unterschiede

Auch weitere, ganz offensichtliche Merkmale der digitalen Anhörung, können psychologische Effekte haben. So fehlt online z. B. zwangsläufig der Körperkontakt: es gibt kein Händeschütteln zur Begrüßung, kein tröstendes Schulterklopfen oder Ähnliches. Zudem lassen sich über den Bildschirm keine Gerüche wahrnehmen; die Sinne sind folglich eingeschränkt. Ähnlich wie auf Fotos wirkt man auf dem Bildschirm teils anders als in der Realität. Ob jemand groß oder klein ist,

schmächtig oder breit, das lässt sich je nach Bildausschnitt nur erahnen und beeinflusst das Auftreten. Ergänzend dazu können je nach verwendeter Technik auch schnell Datenschutzprobleme auftreten usw.

Ein weiterer wichtiger Einflussfaktor ist die technische Abhängigkeit: Nutzer:innen sind schlichtweg auch immer dem Funktionieren der Technik hilflos ausgeliefert. Das schlechte WLAN, das plötzlich defekte Mikrofon, das Bild, das auf dem Kopf steht, einfriert usw. „So entzieht sich das Auftreten von Bildstörungen dem Einfluss der Nutzer:innen und auch bei einer eingeübten Nutzung des ausgewählten Tools lässt sich ein Zurückgeworfen-Sein auf die mediale Konstitution der Gesprächssituation nicht vermeiden." (Bömscher 2021, S 78). Oft lässt eine digitale Kommunikation allein deshalb schon nicht das zu, was wir als „entspannte Gesprächsatmosphäre" beschreiben können.

3 Analytische Bewertung der digitalen Anhörung

Es konnte aufgezeigt werden, dass es aus wissenschaftlicher Sicht zahlreiche gesprächskulturelle Unterschiede zwischen der unmittelbar persönlichen und der digitalen Kommunikationsform gibt. Sie umfassen neben rein technischen Aspekten auch interpersonale (also zwischenmenschliche), soziale und psychologische Effekte.

Um deren Auswirkung in ihrer Intensität für den Fall der Betroffenenanhörung im Betreuungsrecht bewerten zu können, muss man sich bewusst machen, dass auch die rechtliche Anhörung eine ganz spezielle Kommunikationsform ist. Bei der rechtlichen Anhörung handelt es sich nicht um ein alltägliches Gespräch, sondern aus sozialwissenschaftlicher Perspektive um eine Art Begutachtungssituation. Der oder die zu Betreuende ist eben nicht nur Kommunikationspartner:in, sondern auch immer bis zu einem gewissen Grad selbst Gesprächsinhalt. Es geht also nicht um das Teilen belangloser Themen im Sinne von Smalltalk, sondern um äußerst private Informationen und sensible Daten. Inwiefern die Bereitschaft, solche Informationen auch über den Computer zu teilen, steigt oder sinkt, ist in der entsprechenden Forschung nach wie vor stark umstritten.[8] Während die einen davon ausgehen, dass die fehlende unmittelbare Nähe das „Preisgeben auch unangenehmer Dinge" begünstige[9], verweisen andere Studien darauf, dass die Technik eine emotionale Distanz schaffe.

Die Anhörung ist zudem eine ungleiche Situation, da die beiden Gesprächspartner: innen nicht gleichberechtigt sind. Es ist allein der Richter/die Richterin, der/die auf Grundlage der Anhörung über das weitere Schicksal seines/ihres Gegenübers entscheidet. Das Wissen darum nimmt freilich Einfluss auf die Selbstdarstellung der Anzuhörenden. Man denke hier exemplarisch an die Begutachtungen

[8] Zur Bedeutung der leiblichen Nähe in Videokonferenzen siehe *Burow* 2022.

[9] Zum Potential neuer Formen technisch erzeugter, subjektiver Nähe bei der Videotelefonie vgl. *Hahn* 2014.

zur Feststellung der Pflegebedürftigkeit nach dem SGB XI und an Patient:innen, die in diesem Kontext (nicht nur nach Erzählungen der Angehörigen) plötzlich zu ungeahnter Höchstform auflaufen. Neben Werthaltungen, Rollenerwartungen und Deutungsmustern der an der Anhörung beteiligten Personen hat auch hier die Interaktionskompetenz der Teilnehmer:innen Einfluss auf das Ergebnis (vgl. Simon 2004, S. 218).

Inwiefern sich durch die Nutzung der Videoanhörung eine Reduktion physischer Sozialkontakte überhaupt ermöglichen lässt, ist fraglich. Es ist davon auszugehen, dass ein großer Teil der zu Betreuenden und Betreuten nicht alleine imstande ist, die technischen Vorkehrungen, derer es für eine Videoanhörung bedarf, selbstständig zu treffen. Im optimalen Fall kann die Bereitstellung des und die Einführung in das technische Equipment dann durch solche Personen erfolgen, die ohnehin in engem Kontakt stehen.

Welchen Einfluss bei der Vorbereitung jedoch in diesen Fällen dann Pfleger: innen, Angehörige oder sonstige Personen einnehmen, bleibt für das Betreuungsgericht notwendigerweise ungewiss. Dies ist anders als beim klassischen „(Kranken-)Hausbesuch“, wo bereits die Rahmenumstände (z. B. wer öffnet, wie und wann die Tür?) einen ersten Eindruck z. B. über die geistige Verfassung der anzuhörenden Person ermöglichen.

Ähnlich verhält es sich mit der sonstigen, auch inhaltlichen Einflussnahme auf das Gesagte durch Dritte. Der durch die Kamera zwangsläufig beschränkte Bildausschnitt verhindert eine Wahrnehmung der Gesamtsituation und öffnet ggf. diesbezüglichen Manipulationen und Lenkungen Tür und Tor. Ein Umstand, den es bei der Anhörung allerdings so gut wie möglich zu verhindern gilt.

Was lässt sich aus diesen Erkenntnissen zusammengenommen für die Bewertung der digitalen Anhörung folgern?

Es wurde bereits in diversen rechtlichen Kontexten, z. B. in der Strafvollstreckung, darüber nachgedacht, auf die digitale Anhörung und Formate der Videokonferenztechnik zurückzugreifen. Praktische und nachvollziehbare Gründe dafür, wie z. B. Verfahrensbeschleunigung, Kostenersparnis oder Entlastung der Justizbeamten, liegen auf der Hand. Zu Zeiten einer Pandemie ist zudem auch an den Gesundheitsschutz zu denken. Es ist davon auszugehen, dass für aktive Richter und Richterinnen diese Form der Anhörung viele Vorteile mit sich bringt und eher unproblematisch ist.

Orientieren sollte man sich bei der analytischen Bewertung im Erwachsenenschutzrecht aber immer an der vulnerablen Gruppe der zu Betreuenden und Betreuten. Und gerade für diese Gruppe gilt Folgendes zu bedenken: man läuft sehr leicht Gefahr, dass die digitale Kommunikationsform der wesentlichen Bedeutung der rechtlichen Anhörung nicht gerecht wird.

Wem die onlinebasierte Kommunikationsform neu bzw. fremd ist, der wird durch sie vom eigentlichen Inhalt der Anhörung abgelenkt. Wer mit der onlinebasierten Kommunikationsform bereits vertraut ist, der kann schnell die Bedeutung verkennen, dass es sich hierbei nicht um ein belangloses digitales Gespräch handelt.

Das heißt, die gewohnte Kommunikationsform täuscht schnell über den Ausnahmecharakter der Nutzungsform hinweg. Der Besuch des Richters bzw. der Richterin, der/die sich zu Hause an den Kaffeetisch setzt, verdeutlicht allein durch seine/ihre körperliche Präsenz den Ausnahmecharakter der Situation.

In bestimmten (Ausnahme-)Fällen, kann die digitale Anhörung eine gute Alternative zur klassischen Anhörung vor Ort sein. Dies mag vor allem auf Fälle zutreffen, wie z. B. bei Wachkomapatienten, in denen der/die Betroffene vollkommen handlungsunfähig ist. Hier entspricht die klassische Form der Anhörung ohnehin eher einer vorwiegend optisch geprägten Inaugenscheinnahme. Doch selbst in diesen Fällen bedarf es bereits zur Identitätsüberprüfung, und erst recht, um sich den von § 278 Abs. 1 S. 2 FamFG geforderten umfassenden persönlichen Eindruck zu verschaffen, aller Sinne.

Eine gute Alternative ist die digitale Anhörung meines Erachtens nur dann, wenn die klassische Face-to-face Kommunikation stärkere Einschränkungen mit sich bringen würde als die Einschränkungen, die sich durch das digitale Format ergeben. Erfordert z. B. der Gesundheitsschutz eine aufwendige Hygieneausstattung oder einen extrem weiten Mindestabstand usw., dann erscheint mir die digitale Anhörung als eine durchaus mögliche und sinnvolle Alternative. Zum Goldstandard der Anhörung im Betreuungsrecht wird sie dadurch aber noch lange nicht.

Literatur

Abels, Heinz, Ethnomethodologie – über Methoden des Handelns im Alltag, in: Heinz Abels, Interaktion, Identität, Präsentation. Kleine Einführung in interpretative Theorien der Soziologie, Wiesbaden 2010, S. 115–152

Böschen, Jasmin, Interview-Forschung trotz Eigenbild? Videotelefonie als Forschungsinstrument, IMAGE. Zeitschrift für interdisziplinäre Bildwissenschaft 2021, 73–94. DOI: https://doi.org/10.25969/mediarep/16325

Burow, Johannes Frederik, Beieinander an getrennten Orten. Leibliche Interaktion in Videokonferenzen, Baden-Baden 2022

Flohrer, Walter, Methodisches Gestalten am Beispiel des Bildtelefons, in: Horst Ohnsorge, Benutzerfreundliche Kommunikation/User-Friendly Communication, Berlin, Heidelberg 1990, S. 66–81

Friebel, Martin/Loenhoff, Jens/Schmitz, H. Walter/Schulte, Olaf A., „Siehst Du mich?“ – „Hörst Du mich?“: Videokonferenzen als Gegenstand kommunikationswissenschaftlicher Forschung, kommunikation @ gesellschaft, 2003, S. 1–22, https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0228-200304072 <Stand: 09.09.2022>

Garfinkel, Harold, Das Alltagswissen über soziale und innerhalb sozialer Strukturen, in: Arbeitsgruppe Bielefelder Soziologen, Alltagswissen, Interaktion und gesellschaftliche Wirklichkeit, Band 2, Reinbek bei Hamburg 1973, S. 189–214

Hahn, Kornelia, E<3Motion. Intimität in Medienkulturen. Wiesbaden 2014

Heath, Christian/Luff, Paul/Sellen, Abigail, Reconfiguring media space: supporting collaborative work, in: Kathleen E. Finn/Abigail J. Sellen/Sylvia B. Wilbur, Video Mediated Communication. Mahwah, New Jersey 1997, S. 323–347

Held, Tobias, Vom realen Gespräch zum digitalen Pendant: Überlegungen zur Reproduktion der Face-to-Face-Kommunikation im Cyberspace, in: Jacobus Bracker/Stefanie Johns/Martina Seifert, Visual Past. A Journal for the Study of Past Visual Cultures, Bildsinne – Image Senses 2020, 139–173

Köck, Peter/Ott, Hanns, Wörterbuch für Erziehung und Unterricht, Donauwörth 1994

Kopp, Guido, Audiovisuelle Fernkommunikation: Grundlagen der Analyse und Anwendung von Videokonferenzen, Wiesbaden 2004

Niebuhr, Oliver/Siegert, Ingo, „High on emotion"? - how audio codecs interfere with the perceived charisma and emotional states of men and women, in: 33. Konferenz Elektronische Sprachsignalverarbeitung Sonderborg, Dresden 2022, S. 243–252

Rothe, Friederike., Face-to-face-Kommunikation und computervermittelte Kommunikation: Kritik eines Vergleichs, Journal für Psychologie 2004, 370-385, https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-17406 <Stand: 09.09.2022>

Schlütter, Martin, „Man simuliert ein bisschen so das Beisammensein". Die Aneignung von internetbasierter Videotelefonie, in: Monika Elsler, Die Aneignung von Medienkultur, Wiesbaden 2011, S. 89-102

Siegert, Ingo/Niebuhr, Oliver, Case Report: Women, Be Aware that Your Vocal Charisma can Dwindle in Remote Meetings, Front. Commun. 2021

Simon, Michael, Die Begutachtung im Rahmen der sozialen Pflegeversicherung, J Public Health 2004, 218–228, https://doi.org/10.1007/s10389-004-0037-2

Stangl, Werner, Kommunikation, in: Online Lexikon für Psychologie und Pädagogik 2022

Digitale Betreuten- und zu Betreuendenanhörung

Bernd Klasen

1 Ausgangs- und Problemlage

Richter[1] treffen in Betreuungs- und Unterbringungssachen regelmäßig besonders grundrechtsrelevante Entscheidungen. Im Fokus stehen die Grundrechte aus Art. 1 GG (Menschenwürde), Art. 2 Abs. 1, Abs. 2 S. 2 GG (Freiheitsgrundrechte) sowie Art. 2 Abs. 2 S 1 GG (Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit).

Hiervon ausgehend hat der Gesetzgeber in den §§ 278, 319 FamFG umfassende Anhörungspflichten normiert. Sie sollen dafür Gewähr bieten, dass grundsätzlich vor Erlass weitreichender, grundrechtsrelevanter Entscheidungen dem betroffenen Menschen hinreichend rechtliches Gehör gewährt wird. Gleichermaßen liegt der gesetzgeberische Zweck darin, nur auf dem Boden weitgehend gesicherter Sachverhaltsaufklärung (§ 26 FamFG) Entscheidungen zu treffen.[2] Der persönliche und unmittelbare Eindruck des Richters soll entscheidend sein.

[1] Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in diesem Beitrag das generische Maskulinum verwendet.

[2] *Fröschle,* in: Prütting/Helms, FamFG, § 278 Rn. 9, 11.

DOI: https://doi.org/10.17875/gup2023-2382

In der täglichen amtsrichterlichen Praxis bedeutet dies die Durchführung zahlreicher Anhörungen auf Normal- und Intensivstationen bis hin zu Infektionsstationen wie beispielsweise Covid-Intensivstationen der Krankenhäuser. Erforderlich sind mindestens ebenso häufig Anhörungen in Heimen der Alten- oder Behindertenhilfe oder in (bisweilen vermüllten) Privatwohnungen.

Mit Beginn der Covid-19 Pandemie hat diese vom Gesetzgeber geforderte und von den Betreuungsrichtern sc. umgesetzte Anhörungspraxis verantwortungsbewusste Betreuungsrichter vor einen Gewissenskonflikt gestellt: Im worst case brachten sie nämlich zugleich mit dem rechtlichen Gehör und dem Versuch der Sachverhaltsaufklärung das todbringende Virus den betroffenen Menschen mit.

2 Erste Lösungsansätze

In dem Versuch, dieses Dilemma aufzulösen, haben sich sehr früh vor allem Betreuungsrichter in der Literatur zu Wort gemeldet und erste Amtsgerichte Entscheidungen getroffen. So wurde beispielsweise vertreten, dass in der besonderen Situation der Pandemie auf die ansonsten gebotenen Anhörungen gänzlich verzichtet werden könne.[3] Vereinzelt, indes mit ausführlicher und durchaus überzeugender Begründung, wurde die Auffassung vertreten, dem Betreuungsrichter sei der vor Durchführung der Anhörung zwingend erforderliche Test auf das Virus unzumutbar und daher die Durchführung der Anhörung unmöglich.[4] Auch wurde bisweilen wieder die althergebrachte, indes unzutreffende Rechtsauffassung bemüht, der kommunikationsunfähige Patient auf der Intensivstation (intubiert, sediert und beatmet) sei ohnehin nicht anzuhören, der unmittelbare Eindruck sei auch nicht erforderlich.[5]

Diese Auffassungen fanden freilich in der überwiegenden Rechtsprechung der Beschwerdekammern der Landgerichte keinen Beifall. Überwiegend wurde dort vertreten, dass ein (pauschaler) Verzicht auf die Anhörung auch in der Pandemie nicht der Rechtslage entspreche.[6]

[3] *Grotkoop,* FamRZ 2020, 659, *Götsche,* FamRZ 2020, 820, AG Brandenburg FamRZ 2020, 862, AG Dresden FamRZ 2020,790.
[4] AG Meiningen Beschluss vom 18. Januar 2021, 3 17234/19 mit ablehnender Anmerkung *Gietl,* NZFam 2021, 128.
[5] AG Straubing Beschluss vom 25. Mai 2020 – 17474/19.
[6] LG Darmstadt FamRZ 2020,946; LG Dresden NJW 2020, 1980, LG Freiburg NJW 2020, 2122, vergleiche hierzu auch *Dodegge,* BtPrax 2020, 79.

3 Entscheidungen des BGH (12. Zivilsenat)[7]

Bei der Prüfung nach § 34 Abs. 2 FamFG in Verbindung mit § 278 Abs. 4 FamFG kommt der BGH zu dem Ergebnis, dass im Rahmen der Anhörungen in der Pandemie für den Betroffenen nur eine abstrakte Gesundheitsgefahr bestehe. Dieser könne durch Einhalten des Abstandsgebotes, Tragen von Schutzmasken und entsprechender räumlicher Gestaltung der Anhörungssituation ausreichend begegnet werden. Sollte dies einmal nicht der Fall sein, könne durch einstweilige Anordnung ohne Anhörung des Betroffenen entschieden werden. In diesem Fall sei allerdings die Anhörung unverzüglich nachzuholen.

Gleiches gelte auch für eine Gefährdung der mit der Anhörung befassten Richter und anderen bei der Anhörung zu beteiligenden Verfahrensbeteiligten. Auch hier gelte der Vorrang der Schutzmaßnahmen.

4 Videoanhörung als Alternative zur persönlichen Anhörung?

Die die Anhörung grundsätzlich regelnden Normen der §§ 278, 319 FamFG verhalten sich nicht über die Möglichkeit einer Videoanhörung. Vielmehr streitet der Wortlaut der Normen dagegen: das Gericht soll danach den Betroffenen persönlich anhören und sich einen persönlichen Eindruck von dem Betroffenen verschaffen. Dies soll grundsätzlich in der üblichen Umgebung des Betroffenen geschehen, wenn es der Betroffene verlangt oder wenn es der Sachaufklärung dient und der Betroffene nicht widerspricht. Einigkeit besteht seit langem, dass eine telefonische Anhörung diesen Anforderungen nicht genügt.[8]

Allerdings findet der Einsatz der Videokonferenztechnik in § 32 Abs. 3 FamFG Erwähnung. Danach *soll* das Gericht in geeigneten Fällen die Sache mit den Beteiligten im Wege der Bild- und Tonübertragung in entsprechender Anwendung des § 128a ZPO *erörtern.*[9] Auch wenn im Rahmen der Anhörung das Gericht beispielsweise nach § 278 Abs. 2 S. 3 FamFG verpflichtet sein kann, die Sache mit dem Betroffenen zu erörtern, sind Erörterung und Anhörung nicht gleichzusetzen. Während die persönliche Anhörung im ersten Schritt dazu dient, den Sachverhalt festzustellen und den jeweils anzuhörenden Beteiligten rechtliches Gehör zu gewähren, legt das Gericht im Erörterungstermin die Sach- und Rechtslage dar.[10] Eine unmittelbare Anwendung von § 32 Abs. 3 FamFG als Grundlage für eine Videoanhörung scheidet mithin aus.

---

[7] Beschlüsse vom 14. Oktober 2020 - XII ZB 235/20 - NJW 2021, 71; vom 18. November 2020 - XII ZB 179/20 - NJW 2021, 2296; vom 24. Februar 2021 - XII ZB 503/20 - NJW 2021, 2508.
[8] BGH v. 29.06.2016 - XII ZB 48/16 - NJW-RR 2016, 1029, 1030, LG Freiburg v. 19.05.2020 - 4 T 98/20 - juris Rn. 14.
[9] Hervorhebung durch den Autor.
[10] KG Berlin v. 01.08.2017 - 3 WF 150/17 - juris Rn. 20.

Scheidet eine unmittelbare Anwendung einer Norm aus, stellt sich die Frage, ob eine analoge Anwendung gerechtfertigt ist. Das ist sicherlich dann nicht ernsthaft in Betracht zu ziehen, wenn keine planwidrige Regelungslücke vorliegt.

Dass im Ergebnis hiervon nichts zu halten ist, ist mit kaum zu übertreffender Deutlichkeit dem Beschluss des BGH vom 14. Oktober 2020 – XII ZB 235/20 zu entnehmen, in welchem sich der 12. Zivilsenat dezidiert und überaus ablehnend mit dem Gesetzesentwurf des Bundesrates vom 15. Mai 2020[11] auseinandersetzt, der unter äußerst restriktiven Bedingungen eine Videoanhörung in Zeiten der Pandemie vorschlug. Auf den Punkt gebracht ist nach Auffassung des BGH immer noch eine Entscheidung durch eine einstweilige Anordnung ohne Anhörung, die aber unverzüglich nachzuholen ist (wann?), die bessere Alternative.

Dessen ungeachtet hat die Beschwerdekammer des Landgerichts Verden mit Beschluss vom 17. Februar 2021[12] mit ausführlicher Begründung unter Abwägung der Vor- und Nachteile einer Videoanhörung bei besonderer Vulnerabilität der Betroffenen die Anhörung per Videoschalte für das im konkreten Einzelfall gebotene Mittel angesehen, um der Betroffenen rechtliches Gehör zu gewähren. Andererseits hat das Landgericht München I mit Beschluss vom 9. April 2021[13] in einer Unterbringungssache ausgeführt, eine Anhörung der Betroffenen per FaceTime vermittele weder einen unmittelbaren visuellen noch einen unmittelbaren akustischen Eindruck und sei daher unzureichend. Sie genüge der nicht disponiblen Vorschrift des § 319 FamFG nicht. Das Landgericht Dresden hingegen hielt in einem Beschluss vom 6. April 2020[14] eine Anhörung durch eine Glasscheibe bei einem laut Sachverständigengutachten ohnehin kommunikationsunfähigen Betroffenen durch den beauftragten Richter für ausreichend.

5 Eigene Praxiserfahrung und Konsequenzen

Mit Beginn der Pandemie im Frühjahr 2020 hat der Autor vielfach Anhörungen in Betreuungs- und Unterbringungsverfahren, aber auch mündliche Haftprüfungen (§ 118a Abs. 2 S. 2 StPO) sowie Anhörungen in Jugendstrafvollstreckungsverfahren sowie Verhandlungen im Zivilverfahren per Videoschalte durchgeführt. Auf diese Art und Weise gelang es, den Gerichtsbetrieb trotz der Pandemie uneingeschränkt aufrechtzuerhalten. Aufgrund dieser forensischen Erfahrung kommt der Autor für die hier interessierenden Betreuungs- und Unterbringungsverfahren zu folgenden Erkenntnissen:

Beste Erfahrungen hat der Autor mit Anhörungen in Heimen der Behindertenhilfe, beispielsweise bei Menschen mit Zustand nach frühkindlichem Hirnschaden,

[11] BR-Drs. 211/20.
[12] LG Verden v. 17.02.2021 - 1 b T 25/21.
[13] LG München v. 09.04.2021 - 13 T 3858/21 - juris.
[14] LG Dresden v. 06.04.2021 - 2 T 200/20 - juris.

gemacht. Oft handelt es sich um Entscheidungen zur Einrichtung oder Verlängerung einer Betreuung oder aber um Entscheidungen zur Genehmigung der geschlossenen Unterbringung oder unterbringungsähnlicher Maßnahmen bzw. entsprechende Verlängerungsentscheidungen. Bei den regelmäßig kommunikationsunfähigen betroffenen Menschen sind ohne Ausnahme keine neuen Erkenntnisse zu erwarten. Bei der Diagnose „Zustand nach frühkindlichem Hirnschaden" ist mit einer Besserung der Einschränkungen nicht zu rechnen. Bisweilen hat der Autor es erlebt, dass Menschen mit dieser Diagnose im Verlauf ihres Lebens bewegungsunfähig geworden sind, so dass es – mangels Freiheitsentzuges – einer Verlängerung einer freiheitsentziehenden Entscheidung nicht mehr bedurfte.[15] Während in diesen Fällen von einem Anhörungsversuch in Präsenz gegenüber einem Anhörungsversuch per Videoschalte keine besseren Erkenntnisse zu erwarten sind, dient der Einsatz der Videokonferenztechnik zweifelsohne dem Infektionsschutz, aber auch dem ressourcenschonenden Einsatz richterlicher Arbeitskraft. Diese kann dann an anderer Stelle für die dem Gericht anvertrauten Menschen zielführender eingesetzt werden. Dies gilt im Besonderen zu Zeiten eines erhöhten Infektionsrisikos im Rahmen einer Pandemie, es gilt aber auch für Zeiten außerhalb einer Pandemie.

Demgegenüber kommt der Autor zu der Erkenntnis, dass Anhörungen per Videoschalte in der Akutpsychiatrie nicht geeignet sind. Manche psychiatrischen Krankheitsbilder würden im Rahmen einer Überforderung der betroffenen Menschen durch den Einsatz der Technik noch getriggert, was selbstverständlich im Rahmen einer Anhörung zu vermeiden ist. Auch ist im Rahmen einer Videoschalte nur eine eingeschränkte und damit eine nicht ausreichende Sachverhaltsermittlung im Rahmen der Akutpsychiatrie möglich. Der Einsatz der Technik verlangt auf beiden Seiten eine Kooperation, weshalb unangekündigte, in der Akutpsychiatrie aber in dieser Form regelmäßig erforderliche Anhörungstermine nicht durchzuführen sind. Dies gilt insbesondere bei der Genehmigung freiheitsentziehender Maßnahmen, bei denen es dem Autor wichtig ist, durch unangekündigte und damit nicht vorhersehbare Anhörungstermine auch die Einhaltung einer Eins-zu-eins-Überwachung durch pflegerisches oder therapeutisches Personal etwa im Falle einer Fünfpunktfixierung überprüfen zu können.[16]

Andererseits ist der Einsatz der Videokonferenztechnik bei Anhörungen auf Intensivstationen beim intubierten, sedierten und beatmeten Patienten optimal geeignet. Ein größerer Erkenntnisgewinn ist auch bei Anhörungen vor Ort nicht zu erwarten. Mit einem Videoschwenk kann unproblematisch festgestellt werden, ob die Angaben im Attest, wonach der Betroffene im Koma (intubiert, sediert, beatmet) liegt und sich nicht mitteilen kann, zutreffen. Auch hier streitet für den Einsatz der Technik im besonderen Maße der Infektionsschutz (sowohl für den Patienten wie

[15] Näher hierzu *Klasen,* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 10. Aufl., § 1831 BGB Rn. 110 f. (Stand: 15.11.2022).

[16] Eingehend hierzu *Klasen,* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 10. Aufl., § 1831 BGB Rn. 142 (Stand: 15.11.2022).

für den Richter), aber auch der ressourcenschonende Einsatz sowohl auf Seiten der Ärzte und Pflegekräfte als auch auf Seiten der Richter.

Nur am Rande sei bemerkt, dass bei entsprechender Vorbereitung und Kommunikation Videoanhörungen im Bereich der Behinderten- und Altenhilfe, aber auch der Intensivstationen nie an der fehlenden technischen Ausstattung gescheitert sind.

Anders sieht dies nach der Erfahrung des Autors im häuslichen Kontext aus. Hier scheitert die ein oder andere Anhörung per Videoschalte an der fehlenden technischen Infrastruktur oder dem fehlenden technischen Know-how. Auch kann die Sachverhaltsaufklärung in diesem Setting etwa dann an ihre Grenzen stoßen, wenn es beispielsweise bei einer Verwahrlosungsproblematik um olfaktorische Wahrnehmungen geht.

Nach der Erfahrung des Autors kann eine Videoanhörung auch durchaus bei Menschen mit Demenz sinnvoll und zielführend sein. In entsprechenden Anhörungen hat der Autor Situationen erlebt, in denen der Mensch mit Demenz mit Blick auf die von Richter anzuziehende Schutzkleidung erheblich irritiert war, während eine Anhörung über den Bildschirm zu gar keinen oder zumindest deutlich weniger Irritationen geführt hat.

Bei Menschen mit einer Schwerhörigkeit hat der Autor beste Erfahrungen damit gemacht, dass auf Seiten der Heime der Altenhilfe entsprechend technisch aufgerüstet worden ist. Mit geeigneten Lautsprechern und Kopfhörern war eine Verständigung mit den Betroffenen deutlich einfacher und entspannter möglich als in Präsenz mit den gebotenen Schutzmaßnahmen. Ein Anschreien war nicht mehr erforderlich, es reichte völlig aus, etwa die Lautsprecher lauter zu stellen. Auch sind Menschen mit einer Schwerhörigkeit oft in der Lage und darauf angewiesen, von den Lippen abzulesen, was beim Tragen von Masken schlechterdings nicht möglich ist, während im Rahmen einer Videoanhörung dies durchaus gelingen kann.

6 Fazit und Ausblick

Um Rechtssicherheit herbeizuführen, bedarf es der Initiative des Gesetzgebers.[17] Nach der Erfahrung des Autors wäre es im Sinne einer Stärkung des digitalen Rechtsstaates lohnend, wenn der Gesetzgeber klare Regelungen für eine Videoanhörung in Betreuungs-und Unterbringungssachen schaffen könnte.

In tatsächlicher Hinsicht wäre es sehr hilfreich, wenn durch das Projekt des BMJ zur bundeseinheitlichen Videokonferenzsoftware[18] in einem überschaubaren Zeitraum diese den Ländern zur Verfügung stehen würde. Damit können datenschutzrechtliche Bedenken ebenso wie Probleme in der Anwendung der unterschiedlichen Videokonferenzsoftwaresysteme unproblematisch ausgeräumt werden.

---

[17] Vgl. zu einem entsprechenden Vorschlag im Rahmen der Pandemie *Köbler,* FamRZ 2020, 823 f.

[18] *Sudhof*, DRiZ 2021, 362.

Nach aktuellem Stand (Ende 2022) ist die Justiz fokussiert auf die wichtige, aber nicht allein entscheidende Einführung der e-Akte bis zum 1. Januar 2026. Dabei liegen in Betreuungs-und Unterbringungssachen ungeahnte Chancen, die Justiz effektiver, bürgernäher und gleichzeitig ressourcenschonender auszustatten.[19] Dies ist bisher ein „digitales Brachland". Eine große Hilfe wäre es, wenn das BMJ mit Zustimmung des Bundesrates von der Möglichkeit des § 14a FamFG Gebrauch machen würde und im Bereich der Amtsermittlung zu einem zielorientierten und strukturierten Sachvortrag veranlassen würde. Betreuungsrichter, aber auch Ärzte und Pflegekräfte verlieren im Rahmen der Amtsermittlung täglich erheblich an Arbeitszeit allein dadurch, die unzureichenden Angaben aus den Kliniken und Heimen, aber auch von niedergelassenen Ärzten in einer Art und Weise zusammen zu tragen, dass sie zu einer Entscheidung geeignet sind. Mit einem verbindlichen Zwangsformular wäre dieses Problem leicht zu lösen.[20] Ein aktuelles, besonders anschauliches Beispiel hierfür findet sich zum Thema Ehegattennotvertretungsrecht (§ 1358 BGB n. F.) in einer Handreichung der Bundesärztekammer, des BMJ und der Deutschen Krankenhausgesellschaft.[21] Diese haben ein Formular entwickelt, das in durchaus geeigneter Form sowohl den Ärzten wie den Bürgern Handlungssicherheit verschafft. Würde dieses Formular nach § 14a FamFG verbindlich und gleichzeitig in der Handhabung mit digitaler Unterstützung komfortabel ausgestattet werden, würde dies bei ressourcenschonendem Einsatz ein deutliches Mehr an Rechtsstaat für den Bürger bedeuten.

[19] Vgl. hierzu näher *Klasen,* in: Viefhues, Elektronischer Rechtsverkehr Ausgabe 4/2019, S. 22 ff.
[20] Vgl. hierzu näher *Klasen,* in: Viefhues, Elektronischer Rechtsverkehr Ausgabe 4/2019, S. 22 ff.
[21] Https://www.bundesaerztekammer.de/service/muster-formulare <Stand: 06.11.2022>.

Tagungsbericht zum dritten Kolloquium „Digitale Betreuten- und zu Betreuendenanhörung“

Sophia Havlik

Zu Beginn des Kolloquiums zur „Digitalen Betreuten- und Betreuendenanhörung“, das am 04.03.2022 stattfand, begrüßte Prof. Dr. *Philipp M. Reuß*, MJur (Oxford) die Teilnehmerinnen und Teilnehmer und stellte in diesem Zuge die Referentin und die Referenten vor. Der erste Vortrag von Prof. Dr. *Christian Gomille* von der Universität des Saarlandes widmete sich der rechtlichen Einordnung der digitalen Anhörung von Betreuten bzw. zu Betreuenden. Im Anschluss daran verknüpfte Jun.-Prof. Dr. *Anika Gomille*, Universität Siegen, diese Ausführungen in einem soziologischen Kontext mit der Frage, welche Wirkung die Digitalisierung der Anhörungen konkret auf die Kommunikation, bzw. auf die betreuten oder zu betreuenden Personen haben kann. Einen Einblick in die Praxis der Anhörungen bot schließlich der Betreuungsrichter und Direktor des Amtsgerichts Homburg *Bernd Klasen*.

Im Anschluss an die Vorträge folgte eine durch *Reuß* moderierte Diskussion, die durch eine Stellungnahme von VPräs OLG a.D. *Peter Winterstein* angestoßen wurde. Hierbei nahm *Winterstein* auf die Ausführungen *Klasens* Bezug. *Winterstein* äußerte,

DOI: https://doi.org/10.17875/gup2023-2383

dass er die Entwicklungen und die zunehmende Digitalisierung der Anhörungspraxis zu Beginn der Coronapandemie mit Sorge betrachtete. Die Praxisbeispiele *Klasens* hätten ihm aber aufgezeigt, dass in gewissen Situationen eine digitale Anhörung gesetzlich zulässig sein sollte. Sehr kritisch sehe er allerdings, dass die Durchführung einer digitalen Anhörung im Praxisalltag der Betreuungsrichterinnen und -richter aus Praktikabilitätsgründen zur Regel werden und der Grundsatz der persönlichen Anhörung somit unterlaufen werden könne. In vielen, insbesondere häuslichen Situationen sei die persönliche Anhörung also trotzdem unersetzbar.

Reuß erteilte daraufhin *Klasen* das Wort, der bezugnehmend auf die Ausführungen *Wintersteins* nochmals den Gedanken aus seinem Vortrag aufgriff, dass grundsätzlich weniger die gesetzlich vorgeschriebenen Umstände der Anhörung entscheidend seien. Viel wichtiger sei, dass die praktizierenden Betreuungsrichterinnen und -richter die Bedeutung jeder einzelnen Anhörung erkennen würden und sich dies in ihrer Haltung und der Wahl der Anhörungsmodalitäten widerspiegle. Er sehe Handlungsbedarf, diese Haltung zum Beispiel in Form von Fortbildungen zu stärken. Zudem stellte er fest, dass es sich bei einer entsprechenden Regelung zu digitalen Anhörungen um eine solche handeln müsse, die gut durch Beschwerdekammern kontrolliert werden könne. Es müsse stets die Möglichkeit einer stringenten Rechtmittelkontrolle bestehen.

Reuß stimmte diesen ergänzenden Vorschlägen zu und betonte bezugnehmend auf die Ausführungen von *Anika Gomille* nochmals, dass man die Chancen und Risiken einer digitalen Anhörung sorgfältig abwägen müsse. Zum Abschluss des Themenbereichs lenkte er schließlich den Fokus auf eine bereits in den Vorträgen aufgegriffene Entscheidung des BGH[1] und erläuterte deren Rolle für die Frage nach der Möglichkeit digitaler Anhörungen. In der Entscheidung gehe es nicht konkret um die Frage, ob persönliche Anhörungen grundsätzlich durch digitale ersetzt werden können. Zwar unterstütze der BGH mit der Entscheidung die Ansicht, dass in bestimmten Ausnahmefällen ein solcher Rückgriff auf digitale Instrumente möglich sein sollte. Jedoch stehe eher die Frage im Vordergrund, ob einer per Videoschalte durchgeführte Anhörung überhaupt der Wortlaut des § 278 FamFG entgegenstehe. Es dürfe der gesetzlichen Anforderung an eine persönliche Anhörung genügen, dass die Betreuungsrichterinnen und -richter sich per Bild und Ton unmittelbar einen Eindruck der zu betreuenden Person machen können. Überlegungen über ergänzende Regelungen, wie etwa eine gesetzliche Begründungspflicht oder die Überprüfbarkeit der freien Beweiswürdigung, seien trotzdem notwendig.

Im Anschluss an die Ausführungen von *Reuß* erteilte dieser das Wort an den Betreuungsrichter Dr. *Olav Stumpf*, Richter am Amtsgericht Hamburg-Barmbek. Zu Beginn seiner Ausführungen betonte dieser den hohen Stellenwert persönlicher Anhörungen, insbesondere bei Entscheidungen über freiheitsentziehende Maßnahmen, Unterbringungs- oder Fixierungsfragen. Dabei sei nicht nur wichtig, dass sich Betreuungsrichterinnen und -richter einen möglichst unverfälschten Eindruck

[1] BGHZ 227, 161 = NJW 2021, 71 (m. Anm. *Schwedler*) = FamRZ 2021, 138 (m. Anm. *Grotkopp*).

machen könnten, sondern auch die Öffentlichkeit und Autorität, die mit einer persönlichen Anhörung vor Ort einhergingen. Trotz allem erkannte *Stumpf* die digitale Anhörung als Möglichkeit an, Betreuungsrichterinnen und -richter etwa in Eilsituationen zu entlasten. Er nannte beispielhaft den § 301 FamFG, der in bestimmten Fällen die unverzügliche Nachholung von Anhörungen anordnet. Eine unverzügliche, persönliche Nachholung der Anhörung, etwa am nächsten Werktag, sei in der Praxis allerdings absolut unrealistisch. Dahingehend sei eine Entschärfung des Gesetzeswortlauts nötig. Bis dahin könne unter Umständen die Möglichkeit der digitalen Anhörung Abhilfe schaffen. Zum Schluss seiner Ausführungen betonte *Stumpf* schließlich, wie wichtig es bei der Frage nach der Möglichkeit digitaler Anhörungen sei, zwischen den verschiedenen Einzelfällen, die in Betreuungsverhältnissen denkbar seien, zu differenzieren. In unkomplizierten Fällen, wie reinen Betreuungsverlängerungen, bei denen die betreute Person dem Richter bzw. der Richterin bereits bekannt ist und bei der die betreute Person einer digitalen Anhörung ausdrücklich zustimmen kann, sehe er große Chancen, Zeit und Ressourcen der Betreuungsrichterinnen und -richter einzusparen.

Dem stimmte *Klasen* zu und betonte nochmals, dass aus seiner Sicht digitale Anhörungen die Präsenz von Betreuungsrichterinnen und -richtern niemals pauschal ersetzen dürften. Lediglich in Fällen, in denen die persönliche Anhörung – etwa bei einer sedierten Person auf der Intensivstation – mehr Ressourcen und Zeit in Anspruch nähme, als es die Schaffung eines persönlichen Eindrucks für ihn noch rechtfertigen könne, dürfe in seinen Augen eine digitale Anhörung in Betracht gezogen werden.

Reuß stellte abschließend die Frage an *Anika Gomille*, inwiefern die Kommunikation in Anhörungssituationen beeinträchtigt werde, in denen Betreute und Betreuungsrichterinnen und -richter zum Beispiel durch Schutzbekleidung in ihrer Kommunikationsfähigkeit eingeschränkt seien und ob auch dort digitale Anhörungen das Mittel der Wahl sein könnten. *Gomille* erläuterte, dass stets im Rahmen einer Einzelfallentscheidung aus Sicht der vulnerablen Person abzuwägen sei, welche Anhörungssituation mit weniger Stör- und Risikofaktoren belastet wäre und dass allein auf der Basis dieser Abwägung die Modalitäten der Anhörung gewählt werden sollten.

Zum Abschluss der Diskussion bedankte sich *Reuß* bei den Referenten und der Referentin für die anschaulichen und eingängigen Vorträge und bei allen übrigen Teilnehmerinnen und Teilnehmern für die angeregte Diskussion.

Verzeichnis der Autorinnen und Autoren

Franz Karl **Gätjen**, Universität Göttingen

Prof. Dr. Anika **Gomille**, Juniorprof., Universität Siegen

Prof. Dr. Christian **Gomille**, Universität des Saarlandes

Sophia **Havlik**, Universität Göttingen

Bernd **Klasen**, Direktor des Amtsgerichts Homburg (Saar)

Prof. Dr. Caroline **Meller-Hannich**, Universität Halle-Wittenberg

Prof. Dr. Thomas **Riehm**, Universität Passau

Dr. Annekathrin **Schmoll**, Gibson Dunn & Crutcher LLP (Frankfurt a.M.)

Thomas W. **Thamm**, Universität Göttingen

Dr. Christopher **Unseld**, LL.M. (Michigan), Hausfeld Rechtsanwälte LLP (Berlin)

Anna Katharina **Zitt**, Wiss. Mitarbeiterin, Gibson, Dunn & Crutcher LLP (Frankfurt a.M.)

Der zweite Tagungsband der „Göttinger Kolloquien zur Digitalisierung des Zivilverfahrensrechts“ beinhaltet die verschriftlichten Vorträge der Referentinnen und Referenten der drei Freitagskolloquien aus dem Wintersemester 2021/2022. Das erste Kolloquium widmete sich unter dem Schlagwort „Robo Judge“ den Möglichkeiten und Grenzen des Einsatzes künstlicher Intelligenz im Zivilprozess. Der Tagungsband enthält dazu den entsprechenden Beitrag von Prof. Dr. Thomas Riehm. Das zweite Kolloquium befasste sich mit der „Digitalisierung bei Massenverfahren“, wobei sich in diesem Band die Beiträge von Prof. Dr. Caroline Meller-Hannich, Dr. Annekathrin Schmoll, Anna Katharina Zitt und Dr. Christopher Unseld befinden. Im dritten Kolloquium ging es um das bislang kaum diskutierte Thema „Digitale Betreuten- und zu Betreuendenanhörung“. Dieser Tagungsband enthält dazu die Beiträge von Prof. Dr. Anika Gomille, Prof. Dr. Christian Gomille und Bernd Klasen. Außerdem werden im Tagungsband die teils kontroversen und lebhaften Diskussionen in kleinen Tagungsberichten nachgezeichnet.

Band 2 der Reihe „Göttinger Kolloquien zur Digitalisierung des Zivilverfahrensrechts“

Die Reihe wird von Prof. Dr. Philipp Reuß (Universität Göttingen) und Benedikt Windau (Richter am Amtsgericht und Betreiber des zpoblog.de) herausgegeben. Die hierin semesterweise erscheinenden Tagungsbände begleiten den Reformprozess der Digitalisierung des Zivilverfahrensrechts auf wissenschaftlich fundierter Basis.



ISBN: 978-3-86395-587-8
ISSN: 2751-2061
eISSN: 2751-207X

Universitätsverlag Göttingen